

La Protection de la liberté individuelle

contre les

Arrestations et Détentions arbitraires

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 24 novembre 1936, à 14 h. 30

PAR

Michel BINET

Lauréat de la Faculté de Droit
Avocat à la Cour d'Appel
Attaché au Parquet Général

MEMBRES DU JURY :

Président. . . .	MM. HENRY, professeur.
Assesseurs . . . }	TEITGEN, agrégé.
	VINCENT, chargé de cours.

NANCY
IMPRIMERIE GEORGES THOMAS
Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage

1936



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

CONTRE LES

ARRESTATIONS ET DÉTENTIONS ARBITRAIRES (1)

(1) Nous donnons ici aux termes arrestations et détentions arbitraires le sens générique très large dans lequel ils sont couramment employés. Plus précis et moins concis, le titre exact de cet ouvrage devrait être: *La protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires, illégales, injustifiées ou erronées.*

La Protection de la liberté individuelle

contre les

Arrestations et Détentions arbitraires

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 24 novembre 1936, à 14 h. 30

PAR

Michel BINET

Lauréat de la Faculté de Droit
Avocat à la Cour d'Appel
Attaché au Parquet Général

MEMBRES DU JURY :

Président. . . .	MM. HENRY, professeur.
Assesseurs . . .	TEITGEN, agrégé.
	VINCENT, chargé de cours.

NANCY
IMPRIMERIE GEORGES THOMAS
Angle des rues de Solignac et Henri-Lepage

1936

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen: M. SENN (*, ✚, ☙ I).

Assesseur du Doyen: M. HENRY (*, ☙ I).

Doyens honoraires: MM. F. GÉNY (C *, ☙ I), MICHON (*, ☙ I).

Professeurs honoraires:

MM. MAY (*, ☙ I).

ROLLAND (☙ I).

MOREL (*, ☙ I).

GÉNY (C *, ☙ I).

RENARD (☙ I).

MICHON (*, ☙ I).

Maître de conférences honoraire: M. MÉLIN (☙ I), docteur en droit.

MM. SENN (*, ✚, ☙ I), professeur de Droit romain.

HENRY (*, ☙ I), professeur de Droit criminel.

KRCÉL (☙ I), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL (☙ I), professeur de Droit international public.

LESCOT (☙ I), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (☙ I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (✚, ☙ I), professeur de Droit civil.

TROTABAS (✚, ☙ A), professeur de Droit administratif et de Législation financière.

F. de MENTHON (☙ A), professeur d'Economie politique.

DURAND, agrégé de Droit privé.

MARCHAL, agrégé d'Economie politique.

TEITGEN, agrégé de Droit public.

GROS, docteur en droit, chargé de cours de Droit public.

VINCENT, docteur en droit, chargé de cours de Droit privé.

HUGON, docteur en Droit, chargé de cours d'Economie politique.

ROSAMBERT, docteur en droit, chargé d'enseignement de Droit civil de capacité.

LAPOINTE (☙ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières du candidat.



INTRODUCTION

La liberté individuelle est une expression qui jouit en France depuis cent cinquante ans d'un sort enviable. Elle fait à tel point partie de notre vocabulaire juridique ou politique moderne que nous ne sommes plus guère en état d'apprécier exactement et loyalement ce que dissimulent dans la réalité ces deux mots. Nous les avons trop entendus pour songer à douter de la valeur des garanties légales dont la liberté individuelle est aujourd'hui assortie.

Mais l'abus du mot n'est-il pas dans une certaine mesure destiné à masquer les défauts de la chose, à tromper notre susceptibilité, à bercer d'illusions notre méfiance, jusqu'à un prochain et douloureux réveil ? Nous avons quelque motif de le craindre. Aussi ne croyons-nous pas superflu de tenter, à la lumière des récentes modifications législatives et des projets en cours d'élaboration ou de discussion, une nouvelle étude des moyens actuels de protéger la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires. Il nous incombera de souligner les déficiences des règles légales et d'examiner les réformes qu'il conviendrait d'adopter, pour assurer aux justiciables des garanties plus efficaces et plus complètes.

Mais nous estimons ne pas pouvoir aborder utilement ce travail, sans avoir au préalable essayé de préciser l'essence sociale et philosophique de ce concept de liberté individuelle.

Les mesures d'ordre juridique destinées dans un pays donné et à un moment déterminé à garantir les individus contre les atteintes arbitraires à leur liberté ne constituent jamais que la mise en œuvre pratique d'une doctrine spécifique sur la notion même d'Etat et sur la nature de ses rapports avec les individus. Si le principe de la liberté

individuelle a perdu aujourd'hui dans certains pays le caractère en quelque sorte sacré que le mouvement issu de notre Révolution française avait réussi à lui inculquer, n'en faut-il pas de toute évidence rechercher la cause dans les conceptions doctrinales sur lesquelles les gouvernants de ces Etats assoient leur pouvoir ? La théorie de la liberté individuelle se présente comme le point d'intersection de la théorie du droit et de celle de l'Etat. Il apparaît dès lors logique que les modalités de cette liberté varient avec la représentation que se fait le législateur, tant de la nature et du rôle de l'Etat que du fondement du droit.

Ainsi, pour les adeptes des théories individualistes plus ou moins anarchiques, l'individu réalise le but unique du droit, tout pouvoir émanant de la collectivité ou d'une autorité sociale quelconque n'a d'autre fondement que la force; dans une telle conception, toute mesure destinée à assurer à la société des moyens de défense et de conservation serait injuste, dès lors qu'elle porterait atteinte aux droits individuels.

A l'inverse, pour les partisans des théories dites universalistes, le droit est un produit essentiellement étatique et s'identifie avec la force, dont il n'est qu'un des aspects; les individus sont naturellement subordonnés à l'Etat dont ils dépendent, ils participent à sa puissance et ne sont admis à faire valoir aucun droit personnel à l'encontre du pouvoir souverain de l'Etat: le problème de la liberté individuelle et de ses garanties ne se pose même pas (1).

Nous ne nous attarderons pas plus longtemps à l'examen de ces conceptions doctrinales absolues. Leur succès actuel dans certains pays étrangers s'explique par des considérations ethniques et économiques propres à ces pays. Mais elles ont peu cours en France, parce qu'elles heurtent d'une façon trop catégorique les principes politiques et les institutions juridiques de notre droit public et privé. Nier

(1) HÉGEL: « L'Etat seul a des droits parce qu'il est le plus fort. Il incarne l'idée divine sur la terre. Il est la substance générale dont les individus ne sont que des accidents. Il exprime la domination de la puissance commune sur la liberté individuelle ».

l'autorité, ce serait préconiser l'anarchie, briser le lien social, détruire en quelque sorte la société humaine. Nier la liberté, ce serait établir le régime du despotisme. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'étude que nous entreprenons serait dépourvue de tout objet et de tout sens. Aucun de nos auteurs ne voit dans la liberté un ennemi implacable de l'autorité; aucun ne considère que la liberté est possible et viable sans l'autorité.

*
* *

Mais la plupart de nos juristes sont cependant tentés d'opposer, comme deux notions contradictoires ou tout au moins adverses, les garanties individuelles et la sécurité publique, la liberté et l'autorité, les droits de l'individu et ceux de l'Etat (2). L'individu aurait un droit proprement dit à la liberté, qui se dresserait en face des droits dont l'Etat dispose pour exercer ses pouvoirs de police et de répression dans l'intérêt social. Un perpétuel conflit entre deux droits opposés, une lutte de tous les instants entre la liberté individuelle et les pouvoirs étatiques, voilà le spectacle que nous font entrevoir ces auteurs. Après avoir cru démontrer que c'est un combat de cette nature que se livrent depuis des siècles l'Etat et l'individu, ils s'efforcent d'édifier une solution conciliatrice, sacrifiant quelque peu l'un et l'autre des droits en conflit et maintenant entre eux aussi égaux que possible les deux plateaux d'une chimérique et idéale balance.

Nous estimons que cette façon classique de représenter le problème de la liberté individuelle est dangereuse et erronée. S'il était vrai que les droits sociaux soient en opposition avec les droits individuels, la liberté, qui n'a pour elle que le droit, risquerait de succomber devant l'autorité, qui dispose de la force. En réalité, le heurt entre les droits individuels et sociaux ne s'affirme que si, d'une part l'on confère à ces droits un caractère absolu, sans bornes, et si, d'autre part, l'on néglige de déterminer

(2) V.-M. LARNAUDE: Rapport sur les garanties de la liberté individuelle. *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 186.

au préalable le cycle d'action distinct de chacune de ces deux puissances, l'individu et la société.

Les droits individuels ne sont pas limités dans leur exercice par la seule présence de droits opposés appartenant à la société et par la nécessité d'opérer avec ces derniers une hypothétique conciliation. C'est dans leur nature et dans leur finalité propres que chacun des droits individuels et sociaux puise son domaine d'application particulier et son étendue exacte. La liberté n'est pas la faculté idéale de diriger en tous sens les effets de sa volonté sans rencontrer d'obstacles. Une telle conception de la liberté serait destructive de toute organisation sociale. On ne peut exclure la réglementation, non pas à proprement parler parce que l'Etat existe et qu'il faut lui faire sa part, mais parce que la réglementation, c'est-à-dire la limitation, est de l'essence même de la liberté.

Il ne faut pas oublier non plus que les droits de l'individu et ceux de la société se meuvent sur des plans distincts. Abstraction faite de toute conception métaphysique ou religieuse, l'individu doit être considéré comme une fin en soi, comme un être dont les droits sont antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat. Son existence extérieure est nécessairement partielle et bornée, mais sa vie intérieure doit être libre.

La liberté est individuelle de son essence et se pose avant toute autre faculté humaine. Mais antérieur et supérieur ne veut pas dire absolu et illimité. L'homme est fait pour vivre en société, a dit saint Thomas, et avant lui Cicéron. Il serait plus exact encore de dire que l'homme a besoin de la société pour vivre, c'est-à-dire pour développer au mieux sa personnalité et satisfaire aussi parfaitement que possible à ses besoins matériels et moraux.

« L'individu est au premier plan, la société au second, car elle n'est qu'un moyen de bonheur au service de l'individu » (3). L'Etat ne poursuit pas une fin propre, distincte de celle des citoyens qu'il intègre dans ses cadres.

(3) M. HAURIUO: *Aux Sources de Droit, le Pouvoir, l'Ordre et la Liberté. Cahiers de la Nouvelle Journée*, 23, p. 13.

La fin de l'Etat se confondant avec la fin des individus, comment les droits dont il dispose pour assurer cette fin seraient-ils en opposition foncière et irréductible avec les droits individuels ? Avant tout droit, l'Etat a des devoirs, ceux de mettre sa force au service de la justice et d'assurer le règne de l'ordre, suprême garantie de la paix sociale et individuelle. Les droits dont il se prévaut ne sont que des moyens juridiques dont il dispose pour assurer cette tâche et procurer aux individus les conditions de vie les plus conformes à leur nature et à leurs aspirations. La véritable mission de l'autorité, ce n'est pas de contrecarrer ou de brider la liberté, c'est au contraire de la garantir contre tout arbitraire, d'en assurer le parfait épanouissement humain.

La liberté est sans doute antérieure et supérieure à l'autorité, mais elle ne se conçoit pas sans l'autorité. La première de ces notions appelle l'autre. Cette dernière n'a d'autre raison d'être que de garantir l'existence et le libre jeu de la première. Loin de devoir se dresser l'un contre l'autre dans un perpétuel et dramatique conflit, ces deux principes de liberté et d'autorité sont complémentaires l'un à l'autre. Poursuivant une même fin, ce n'est pas une solution transactionnelle et boîteuse que leur nécessaire coexistence impose, mais une entente étroite, une collaboration intime et spontanée.

Pour avoir nié ou méconnu ces principes originaires, beaucoup de législations étrangères n'ont pas assuré à la liberté individuelle le respect et les garanties auxquels elle doit prétendre.

*
**

Si nous envisageons à présent le problème de la liberté et de l'autorité dans le cadre plus particulier du droit pénal positif, nous sommes amenés à constater que la liberté individuelle ne mérite pas à tous les moments du procès criminel les mêmes faveurs. A partir de la décision judiciaire de condamnation, qui sanctionne au moyen d'une peine privative de liberté la faute pénale commise par le

prévenu, l'ordre social exige pour sa défense l'extinction temporaire ou définitive du droit à la liberté de l'individu reconnu coupable, dans la mesure où ce droit particulier est incompatible avec le libre jeu des libertés publiques et privées, à la sauvegarde desquelles veille le pouvoir judiciaire. Ce n'est pas entre l'autorité et la liberté que réside le conflit, mais bien plutôt entre la liberté d'une personne qui a porté atteinte à l'ordre social et les libertés individuelles de chacun de ses concitoyens directement ou indirectement menacés par cette atteinte. La solution d'un tel conflit ne peut soulever de difficultés sérieuses, si l'on admet le caractère défini et limité du droit à la liberté individuelle.

Mais le problème se révèle bien plus complexe, lorsqu'on examine de quelle façon il convient de protéger la liberté individuelle dans la période préalable au jugement. Tant qu'un individu n'est pas reconnu coupable, son innocence doit être supposée. Peut-on dès lors s'autoriser des présomptions ou indices de culpabilité qui pèsent sur lui, pour restreindre ou supprimer préventivement son droit à la liberté ? On est obligé de l'admettre. Mais de telles restrictions ne doivent être tolérées que si elles sont rendues nécessaires par de très impérieuses considérations d'ordre social.

Les droits d'arrestation et de détention préventive ne sont que des corollaires du droit de répression dont la société dispose, ou plutôt des moyens mis à son service pour lui permettre d'exercer au mieux ce pouvoir répressif. Une arrestation faite hors de propos, une détention préventive que l'intérêt du corps social n'exige pas perdent par là même toute raison d'être. Si l'on songe que des mesures de cette nature, même si elles s'avèrent par la suite complètement injustifiées, peuvent causer une brèche irrémédiable dans la réputation et la fortune de celui qui en est l'objet, de quelles garanties ne doit-on pas entourer les justiciables, pour les soustraire à un tel péril et pour leur offrir une réparation adéquate, s'ils y ont été exposés ! L'un des rapporteurs au Corps législatif du Code pénal ne disait-il

pas déjà : « La jouissance de la liberté individuelle est pour l'homme vivant en société le premier de tous les biens, celui dont la conservation importe le plus à son bonheur. Le Gouvernement et la loi doivent donc la protéger et la préserver avec une religieuse attention contre tout acte arbitraire de la part des ministres ou de leurs agents » ?

*
**

La liberté individuelle demeurant donc éminemment respectable avant toute décision de condamnation, il convient d'assurer à l'inculpé une protection efficace contre toute mesure injustifiée préventive au jugement.

Or, les atteintes à la liberté peuvent avoir en France trois origines distinctes : elles peuvent émaner du pouvoir judiciaire, du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif.

La sauvegarde des libertés est spécialement confiée au pouvoir judiciaire. Celui-ci, plus indépendant et plus respectueux que tous autres des droits de l'individu est particulièrement apte à remplir ce rôle primordial avec une parfaite vigilance. Mais il faut compter avec les défaillances possibles des organes du pouvoir judiciaire. Contre ces défaillances, si rares qu'elles puissent être, l'individu doit être prémuni.

Le pouvoir exécutif, lui, dépositaire et dispensateur des forces de la collectivité, risque de devenir le serviteur d'un parti et de détourner le pouvoir qu'il détient pour protéger tous les citoyens, en vue de l'appliquer à la poursuite arbitraire de ceux qu'il estime hostiles à l'exécution de ses desseins.

Quant au pouvoir législatif, sa quasi-omnipotence et son caractère de plus en plus envahissant sont susceptibles d'en faire un adversaire particulièrement redoutable de nos libertés. Aucune barrière ne protège ces dernières contre des lois arbitraires, puisque le principe de la liberté individuelle ne figure même pas dans notre Constitution, à moins qu'on ne veuille considérer la Déclaration des

Droits de l'Homme de 1789 comme toujours en vigueur (4).

C'est là une regrettable lacune. Il n'est pourtant pas vain de placer certains droits fondamentaux dans une sphère réservée, hors de la portée du pouvoir législatif. L'Etat reconnaît par là aux individus quelques facultés essentielles, dont il s'interdit par avance de les priver. Encore faudrait-il, pour que cette insertion du principe de la liberté individuelle dans notre Constitution n'ait pas une pure valeur symbolique, que nos tribunaux s'arrogeassent le pouvoir de juger de la constitutionnalité de nos lois. Jamais ils ne s'en sont reconnus la faculté.

Notre législation actuelle nous fournit-elle du moins des armes efficaces contre l'arbitraire exécutif ou judiciaire ? Nous serions à première vue tentés de le supposer. Notre pays n'est-il pas par excellence la terre d'élection de la liberté ? Notre Constitution n'est-elle pas profondément démocratique ? Notre Code pénal ne punit-il pas d'une façon rigoureuse les attentats à la liberté individuelle ? Notre Instruction criminelle, et, pour ne citer que les plus récentes, les lois des 7 février 1933 et 25 mars 1935, ne confèrent-elles pas à l'inculpé un système de garanties très sûres, à peine compatibles au gré de certains avec les nécessités de la répression ?

Il nous appartiendra de rechercher au cours de cette étude si tous ces textes constituent dans la pratique une armature réellement protectrice des droits individuels et si derrière cette façade libérale ne se dissimulent pas encore beaucoup de moyen détournés d'y porter atteinte.

Mais ce qu'il importe de souligner dès maintenant, c'est que la Révolution française a travaillé beaucoup plus en surface qu'en profondeur. Elle a sans doute édicté quelques principes nouveaux, dont elle a par ailleurs été impuissante à assurer le respect et le fonctionnement. Mais elle s'est le plus souvent contentée de transférer du roi à une

(4) Cela paraît difficile à soutenir. Il semble logique d'admettre que les Constitutions s'abrogeant comme des lois, la Constitution de 1791, qui contenait la Déclaration des Droits de l'Homme, est tombée depuis longtemps.

dangereuse oligarchie la souveraineté avec toutes ses attributions. Omettant de fixer des bornes au pouvoir souverain qu'elle conférait au peuple, elle n'a guère opéré qu'un déplacement du despotisme. Peut-être ce nouveau despotisme était-il même plus périlleux que l'ancien, car la Révolution avait pris soin de briser toute association ou groupement. Le pouvoir exécutif se trouvait dès lors seul vis-à-vis de l'individu : les libertés individuelles étaient à sa merci.

Quant au gouvernement sous lequel ont été élaborés nos codes actuels, s'il se réclamait encore des principes révolutionnaires, il était en réalité un des plus absolus et despotiques qu'ait connus la France. Tout en sauvant les apparences, afin de satisfaire l'opinion publique, il visait avant tout à fortifier encore le pouvoir central et à renforcer dans ce but le respect et la soumission dus à l'autorité de ses agents. Le principe de la responsabilité pénale et civile des auteurs d'actes arbitraires une fois posé, il s'était efforcé de rendre les poursuites, sinon impossibles, du moins très longues, très compliquées, très aléatoires, très coûteuses. Il y avait pleinement réussi.

Les lois postérieures ont sans doute marqué les étapes d'une évolution constante dans un sens libéral de plus en plus accusé. Mais une étude approfondie de leurs textes et de leur application pratique en révèle aisément les insuffisances et les lacunes. Le terme de cette évolution n'est pas encore atteint.

Il ne s'agit pas évidemment, touché par une fausse commisération ou séduit par une philanthropie romanesque, d'enlever à la société ses moyens de défense et de désarmer la justice, mais il s'agit de mettre le droit à la liberté individuelle à l'abri de tout arbitraire, de toute atteinte injustifiée. C'est à une modification d'ensemble et à une réforme en profondeur que le législateur doit être convié, pour parvenir à ce résultat.

*
**

Dans une démocratie comme la nôtre, trois modes essentiels de protection contre la privation de la liberté par arrestation ou détention arbitraire, illégale ou injustifiée peuvent être cumulativement envisagés : Le premier de ces moyens consiste à ne confier à l'Etat que le minimum de puissance nécessaire à maintenir l'ordre et à sévèrement réglementer le droit d'arrestation et de détention préventive dont sont munis ses agents. C'est là un problème d'ordre politique et constitutionnel : il ne nous sera pas en conséquence possible de l'examiner longuement.

Le second procédé d'ordre général est de renforcer l'indépendance de la magistrature et de la police judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif. Enfin le troisième moyen consiste à mettre sur pied une procédure pratique de responsabilité de l'Etat et de ses fonctionnaires en cas d'abus ou d'excès de pouvoir. Ces deux derniers procédés de protection appellent une réforme d'ordre administratif, civil et pénal.

C'est le fonctionnement des sanctions civiles et répressives, en ce qu'elles ont de spécial aux arrestations ou détentions arbitraires commises par des agents du pouvoir judiciaire, que nous nous proposons tout particulièrement d'examiner au cours des chapitres de cette étude.

ÉTUDE HISTORIQUE

SECTION I

Le Droit romain

On a coutume, dès qu'il s'agit de droit public et particulièrement des libertés publiques ou individuelles, de n'attacher à l'étude des principes et des textes romains qu'une valeur d'ordre purement historique. Il semble cependant qu'on ne doive pas éliminer *a priori* toute idée d'influence de la législation romaine sur notre matière.

Le droit d'arrestation et la protection contre l'arbitraire sont passés à Rome par trois grandes phases qu'il importe de distinguer.

Dans les premiers siècles de Rome, le magistrat accusateur avait le droit, lorsqu'il disposait de l'*impérium*, de faire arrêter l'individu (*prehensio*) accusé d'avoir commis une infraction et de le détenir avant le jugement (*abductio in carcerem, in vinculo*). Il jouissait à ce sujet d'un pouvoir à peu près discrétionnaire, n'ayant à envisager, pour prendre une décision de ce genre, ni la nature du crime, ni les qualités des preuves.

La mise en liberté sous caution était sans doute possible, mais le magistrat chargé de l'affaire avait toute latitude pour l'accorder ou la refuser. La seule protection préventive légale contre le pouvoir d'arrestation des magistrats supérieurs résidait dans le droit d'intercession des tribuns. Ce droit était susceptible de s'exercer contre tous les actes de coercition des magistrats supérieurs à l'exception de ceux des dictateurs, et il était d'un usage particulièrement fréquent en matière d'arrestation (1).

(1) V. MOMMSEN : Le Droit public romain, I, p. 304 et s.

Avec l'apparition de la procédure des *questiones perpetuae*, le rôle du magistrat perdit de son importance, tout citoyen pouvant se porter accusateur et soutenir l'accusation. La plus grande liberté étant confiée à celui qui effectuait les poursuites, il était juste de faire bénéficier l'accusé d'une latitude semblable pour se défendre.

L'emprisonnement préventif devint alors exceptionnel. Quand il se produisait, il revêtait souvent un caractère spécial particulièrement respectueux de la liberté individuelle. C'était la *custodia libera*: l'accusé, au lieu d'être détenu dans une prison ordinaire, était remis à un magistrat supérieur, qui le gardait chez lui jusqu'au jour du jugement (2). Il faut cependant noter que les pérégrins et les esclaves ne bénéficiaient pas de ce régime de faveur.

Sous l'Empire, au contraire, la procédure redevint inquisitoire. Malgré la survivance des magistratures républicaines, le vrai pouvoir passa aux mains des officiers impériaux: préfets de la ville et préfets des gardes de nuit à Rome; hors de Rome: préfets du prétoire, *consulares* des régions, gouverneurs de province.

Les garanties de la liberté individuelle, et notamment le droit d'intercession des tribuns, s'effondrèrent, tandis que le nombre des arrestations et des détentions préventives s'accroissait considérablement. Ces dernières devinrent même obligatoires, lorsque les accusés avouaient leur faute.

En cas de flagrant délit, les autorités locales pouvaient procéder à une arrestation sans mandat du gouverneur, mais l'individu arrêté devait alors être immédiatement traduit devant le magistrat compétent pour décider si l'arrestation serait ou non confirmée.

*
* *

La responsabilité pénale et civile du magistrat, à raison d'arrestations ou détentions arbitraires, pouvait théoriquement être mise en œuvre par divers procédés. L'attentat contre la liberté proprement dit, poursuivi par la voie d'un

(2) V. MOMMSEN: Le Droit pénal romain, I, p. 357.

judicium extra ordinem, était considéré comme un crime de lèse-majesté et puni de mort (3), sans qu'il y eut en principe à distinguer s'il avait été commis par un fonctionnaire ou par un simple particulier (4 et 5). Entre autres mesures punissant les divers abus de pouvoirs auxquels pouvaient se laisser entraîner les magistrats, il faut aussi citer l'action *ne quis judicio circumveniretur* de la loi *Cornelia*, qui punissait toute manœuvre du magistrat tendant à faire comparaître ou condamner devant une juridiction criminelle un innocent (6).

La responsabilité civile des magistrats était également assurée. Les citoyens disposaient à cet effet de celles des actions de droit commun qui pourvoyaient à la sauvegarde de leur honneur (7). Notamment, l'*injuria*, qui prévoyait toute atteinte portée sans droit à la personne, pouvait être exercée à raison de tout excès de pouvoir attentatoire à la liberté individuelle frauduleusement commis par un magistrat contre la personne de ses justiciables (8). La sanction consistait dans une réparation pécuniaire proportionnée au dommage causé.

Enfin, il n'est pas douteux que, lorsque les circonstances entravaient l'exercice des actions précédentes et laissaient la victime des manœuvres délictueuses du magistrat sans ressources, l'action de dol ne fût le suprême moyen de réparation mis à sa portée. Cette action aboutissait à une condamnation fixée d'après le serment du demandeur.

Les particuliers paraissent donc avoir été protégés d'une façon satisfaisante contre les exactions et actes arbitraires des magistrats.

(3) L. 7, C. *Ad. leg. Fav.* — L. 1, C. Théodose, *Ad. leg. Fav.*

(4) L. 4, D. *Ex. quib. caus. maj.* — L. 1 et 2, D, *De carcer priv.*

(5) Justinien, espérant qu'on hésiterait moins à appliquer une peine plus douce, la réduisit à une incarcération de durée égale à celle subie par la victime. (L. 1, C. *De privatis carceribus*).

(6) V. PERREAU: De la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires publics en droit romain, p. 19 et s.

(7) MOMMSEN: Droit pénal des Romains, II, p. 384.

(8) C'est ainsi qu'avait été poursuivi pour délit d'injure, en l'an 584 de Rome, le prêteur C. Lucretus, qui avait fait jeter arbitrairement en prison trois femmes de Thibée en Béotie (PERREAU, loc. cit., p. 83).

Malheureusement en pratique, l'usage s'était établi de soustraire les magistrats pendant leur année de charge à toute poursuite criminelle et même civile. La mise en œuvre de leur responsabilité était théoriquement reportée à la date de cessation de leurs fonctions. Mais il est permis de penser que l'octroi de ce délai leur fournissait le plus souvent la faculté d'échapper complètement à toute sanction.

Par contre, la loi romaine avait soigneusement garanti la sûreté de l'individu dans ses rapports avec les particuliers. Les auteurs d'arrestations s'exposaient notamment à des peines sévères, s'ils retenaient en chartre privée leurs prisonniers : ils devaient sans délai les conduire dans les prisons publiques (9), à moins qu'il ne s'agit d'une femme adultère (10), ou d'un coupable évadé (11). Celui qui réduisait à la condition d'esclave un homme qu'il savait être libre commettait le crime de plagiat. Tout citoyen pouvait, par l'interdit *De homine libero exhibendo*, contraindre celui qui détenait injustement un homme libre à le représenter (12). Cette obligation était sanctionnée par la loi *Favia* d'une peine pécunaire (13).

En définitive, les trois grandes phases du droit romain présentent les traits suivants :

Aux premiers siècles de Rome, spécialement avant la création des tribuns, la liberté individuelle ne bénéficie encore d'aucune garantie contre l'*imperium* souverain des magistrats. La courte période de l'apogée du droit romain nous offre le tableau d'une timide ébauche de protection de la liberté individuelle. Le despotisme impérial des siècles de décadence marque un nouveau recul vers le régime de l'arbitraire et du bon plaisir. Si l'on songe que toutes garanties avaient déjà été suspendues pendant toute la période de troubles, de guerres civiles et de dictature qui

(9) L. XII, C., t. 58 : *De cohortalibus...*, parag. 1^{er}.

(10) L. XLVIII, D., t. 5 : *Ad legem Juliam de adulteriis*, parag. 6.

(11) L. XI, D., t. 4 : *De fugitivis*, parag. 4.

(12) PAUL : V, 6, 14 ; tit. : *De hom. lib. exhib.*, 43, 29 ; titre 6. — *De hom. lib. exhib.*, VIII, 8.

(13) L. VII, D., *Ad leg. Favianam*.

précédèrent l'établissement de l'Empire, on est amené à conclure que les principes de l'organisation judiciaire et du droit public romain étaient difficilement compatibles avec un système efficace de garanties individuelles.

SECTION II

La période féodale

Les siècles qui s'écoulèrent entre la chute de l'Empire romain et l'établissement de la féodalité ne méritent aucun commentaire. Les lois barbares s'efforcèrent, il est vrai, de réprimer les arrestations arbitraires. La loi salique punissait d'une amende de 1.200 deniers l'arrestation opérée sans juste motif (14). Les lois des Lombards sanctionnaient la violation de la liberté individuelle des deux tiers de la composition fixée pour la répression de l'homicide (15). L'édit de THÉODÉRIC condamnait à la peine du fouet et au bannissement perpétuel le plébéien qui avait vendu, acheté ou caché un homme libre. Si c'était un noble qui se rendait coupable de ce méfait, il encourait une confiscation du tiers de ses biens et un exil de cinq ans (16).

La plupart des lois barbares se préoccupaient également de régler avec détails les cas de suspicion des juges et d'organiser la surveillance des comtes (17).

Mais tous ces textes s'inspirent plus ou moins fidèlement et adroitement des principes du droit romain théodosien. Quant à leur application pratique, il est difficile d'en juger, mais il est permis de la supposer très déficiente en raison du caractère embryonnaire de l'organisation judiciaire à l'époque franque.

*
**

A l'époque féodale, la responsabilité personnelle des juges, à raison des actes de leur fonction et des décisions

(14) Loi salique, titre 34, art. 1^{er}, 2, 324.

(15) *Leges barbar.*, I, 68, cal. I.

(16) *Leges barbar.*, p. 10, cal. 12.

(17) *Lex baiuvariorum. Corpus juris germanici.* Edit. Walter, t. I, p. 255. — *Leges Langobardorum*, t. I, p. 768 et 830. — Edit de Théodéric et *Lex Wisigothorum*, t. I, p. 402 et 434. — Loi des Burgondes, t. I, p. 439.

qu'ils rendent, prend corps. Elle est mise en œuvre par la procédure de faussement de jugement, institution mixte, tenant à la fois de l'appel et de la prise à partie moderne.

Les hommes de la féodalité ne séparant pas encore les décisions exécutoires des juges ou leurs sentences de la personnalité de ceux qui les rendaient, ils n'avaient qu'un moyen d'obtenir l'annulation d'une décision arbitraire ou inique portant atteinte à leur liberté: c'était d'accuser personnellement le juge d'avoir commis sciemment une injustice (18). Cette procédure se vidait par le duel judiciaire devant la cour du suzerain. Le jugement de Dieu, c'est-à-dire la victoire, décidait. Si le juge était vaincu, il était condamné à payer une amende de soixante livres et il perdait au surplus son droit de rendre la justice (19). Seuls les hommes de fief disposaient d'ailleurs de cette voie de recours. Aux roturiers s'appliquait la maxime: « Entre toi, vilain, et ton seigneur, nul autre juge fors Dieu ».

Le duel judiciaire survécut jusqu'au règne de Saint-Louis, qui en prononça l'abolition (20). Désormais, les justiciables seront admis à attaquer l'acte judiciaire lui-même, sans être tenus de mettre en cause l'auteur de cet acte.

SECTION III

L'Ancien Régime

§ I. — L'ARRESTATION ET LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

Le déclin de la féodalité et la consolidation progressive du pouvoir royal marquèrent à partir du ^{xiv}^e siècle le début d'une nouvelle phase dans l'histoire de la liberté individuelle en France.

Les ordonnances royales ont réglementé et codifié le droit d'arrestation des agents du pouvoir judiciaire. L'arrestation de l'accusé et sa comparution devant le juge étaient ordonnées par des *décrets*, analogues à nos mandats

(18) V. BEAUMANOIR: Coutume de Beauvaisis, ch. LXVII, parag. 7.

(19) BEAUMANOIR: ch. LXI, 39.

(20) Etablissement de Saint Louis: Livre I, ch. VII. Ed. Viollet: t. II, p. 16.

actuels. Ceux-ci étaient de trois sortes : les décrets d'ajournement personnel, créés par une ordonnance de 1453, rendue par Charles VII, les décrets d'assigné pour être ouï, créés en 1670 pour les délits peu graves et les décrets de prise de corps, mentionnés par une ordonnance de 1498. Ce dernier décret n'était délivré qu'au cas où l'infraction était punissable d'une peine afflictive et infâmante et il constituait l'accusé en état de détention préventive. En cas de flagrant délit, l'arrestation pouvait être opérée par toute personne, sans aucun décret du juge.

Quant à la mise en liberté provisoire, elle n'était possible qu'au cours d'une procédure ordinaire et elle dépendait du seul arbitraire du magistrat. Enfin l'instruction était secrète et la torture constituait un moyen d'une redoutable efficacité mis à la disposition du juge, pour arracher à l'accusé tous les aveux même les plus mensongers.

§ 2. — LA RESPONSABILITÉ CIVILE ET PÉNALE DES MAGISTRATS

EN CAS D'ARRESTATION OU DE DÉTENTION ARBITRAIRE

Si le pouvoir que le roi s'était conféré sur la liberté de ses sujets était immense, il n'était pas en réalité sans limites. Dès 1540, une ordonnance rendue par François I^{er} organisait une véritable responsabilité des juges pour abus de pouvoir ou faute commise à l'égard des justiciables dans l'exercice de leurs fonctions (21). Cette responsabilité était mise en œuvre sous forme de prise à partie et cette institution était pour la première fois nettement différenciée de l'appel. Aux termes de l'Ordonnance de 1540, le Parlement de Paris, compétent pour connaître des cas royaux dans le nombre desquels entraient les crimes commis par les officiers du roi, devait condamner à des dommages-intérêts les juges qui avaient commis un dol ou une fraude, une

(21) Voir l'article de M. le Professeur HENRY : La responsabilité des Magistrats en matière civile et pénale. *D. hebdomadaire*, 1933, p. 97 et s.

concussion ou une erreur évidente en fait ou en droit dans l'expédition des procès criminels (22).

L'Ordonnance de Blois en 1570 autorisait expressément la poursuite des juges en cas de « faute manifeste » (23). L'Ordonnance fameuse de 1667 énumérait expressément quinze cas spéciaux de prise à partie. Elle ne reproduisait pas les dispositions antérieures sur la prise à partie en cas de dol, fraude, concussion ou faute manifeste, mais son silence en valait confirmation. JOUSSE, dans ses Commentaires sur l'Ordonnance de 1667, déclarait en effet que la prise à partie serait par exemple ouverte contre le juge qui décréterait quelqu'un, soit de prise de corps, soit d'ajournement personnel, sans une preuve suffisante de sa culpabilité, ou encore contre le juge qui décréterait de prise de corps un domicilié, en raison d'un crime non sanctionné d'une peine afflictive ou infâmante. Il en serait de même du procureur du roi qui, dans les mêmes conditions, ferait arrêter, sur son réquisitoire, un particulier (24). Ainsi, une négligence dans l'examen de la nature du délit et des preuves de la culpabilité de l'accusé pouvait en droit, si elle était suivie d'une arrestation hâtive et d'une détention préventive, constituer une faute susceptible d'ouvrir à ce dernier la voie de la prise à partie contre son juge.

Bien mieux, en matière d'arrestation arbitraire ou illégale, la simple inobservation des formes légales suffisait, selon l'opinion de la plupart des auteurs, à justifier une action en dommages-intérêts (25). La raison en était que « le décret de prise de corps flétrit toujours la réputation

(22) Ordonnance de 1540: « Ne pourront les juges être pris à partie sinon que l'on maintienne par relief qu'il y ait dol, fraude ou concussion ou erreur évidente en fait ou en droit et qu'en soit fait expresse mention par le dit relief en cas d'appel et si claire spécification, qu'il puisse être entendu par le garde du scel et non autrement ». (ISAMBERT: *Anciennes lois françaises*, t. XII, p. 700).

(23) Ordonnance de Blois, art. 147. (ISAMBERT: *Anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 417).

(24) Voir JOUSSE: *Commentaire de l'Ordonnance de 1667*, t. II, p. 421. — *Traité de la Justice criminelle*, 3^e partie, liv. II, t. 10, art. 4, n^{os} 82, 110 et 111. — LOUET et BRODEAU: *Notables arrêts*, t. I, XIV, p. 905. — Dans le même sens, MERLIN, *Rép.*: « *Prise-à-partie* », III. — GUYOT, *Rép.*: t. XIII, p. 655.

(25) Voir Ordonnance de 1667, t. I, art. 8. — JOUSSE: *Traité d'Administration de la Justice*, t. I, p. 480 et s.

de la personne décrétée, et même quand elle n'aurait pas été emprisonnée, sa justification, par un jugement définitif, ne répare qu'imparfaitement le déshonneur qui résulte d'un pareil décret. Il est donc juste que la prise à partie procure la ressource des dommages-intérêts que celui qui a été injustement décrété a droit de prétendre » (26). Et ces dommages-intérêts devaient être proportionnés à la situation sociale du demandeur et au temps d'emprisonnement qu'il avait pu subir.

L'Ordonnance de 1670 accordait elle-aussi à l'accusé de nouvelles garanties dans l'instruction criminelle, à peine de dommages-intérêts des juges. Les principales de ces garanties étaient l'obligation pour les prévôts de laisser aux prisonniers, par eux arrêtés, copie du procès-verbal de capture et d'écrou (art. 7, t. 2), de dresser lors de l'arrestation inventaire de leurs argents, hardes et papiers (art. 9, t. 2), de conduire directement les prisonniers arrêtés en prison (art. 16, t. 10), l'obligation pour les juges de procéder dans les vingt-quatre heures de l'emprisonnement, à l'interrogatoire des prisonniers (art. 1^{er}, t. 14), lequel interrogatoire devait être lu à l'accusé après chaque séance, coté, paraphé et signé par le juge et l'accusé (art. 2, t. 14). Aux termes de l'Ordonnance criminelle de 1670 (titre 2, art. 10), les officiers de justice convaincus de détention illégale étaient en outre punis d'une amende de 1.000 livres et de la privation de leur charge (27).

L'institution de ce très pesant système de responsabilité civile et pénale n'alla pas sans susciter les très vives protestations de la magistrature et en particulier de son plus haut représentant, le Premier Président Guillaume de LAMOIGNON. Le roi n'en tint pas compte, parce que le but essentiel de la réforme de 1667 n'était pas tant de garantir la liberté des justiciables que de consolider l'omnipotence

(26) POUILLAIN-DUPARC: *Principes du Droit français*, t. X, p. 913 et 914.

(27) Cette peine remplaçait la peine de mort qui sanctionnait dans la législation antérieure les attentats contre la liberté des personnes commis par des officiers de justice.

royale sur le corps judiciaire, dont il importait de briser les velléités d'indépendance.

En réalité, l'hostilité de la magistrature vis-à-vis de ces textes ne demeura pas sans effet. Les Parlements et Cours judiciaires surent faire prévaloir une interprétation très étroite de la nouvelle législation. Ils se refusèrent toujours en particulier à sanctionner les fautes involontaires quelque lourdes qu'elles fussent et ils n'autorisaient des poursuites contre l'un de leurs membres que lorsqu'il était clairement établi à la charge de ce dernier une manœuvre dolosive, un acte arbitraire commis dans l'intention de nuire (28).

Au surplus, la procédure de la prise à partie n'était pas réglementée par l'Ordonnance de 1667. Un arrêt du Parlement de Paris du 4 juin 1699, rapidement suivi par les Parlements des Provinces, en profita pour proclamer « qu'on ne pourrait prendre à partie les magistrats qu'avec une permission expresse des Cours souveraines dont ils ressortissent ».

Enfin, il convient de rappeler que les magistrats bénéficiaient de plein droit de prérogatives juridictionnelles et pouvaient en outre demander à être jugés par la Grande-Chambre du Parlement de Paris (29).

En fin de compte, la mise en œuvre de la responsabilité des magistrats par la prise à partie a été, sinon inexistante, du moins excessivement rare sous l'Ancien Régime. Il nous sera donné de constater qu'elle est sous l'empire de notre législation actuelle soi-disant libérale tout aussi exceptionnelle, et ce, pour des motifs similaires.

§ 3. — LES POUVOIRS EXTRAORDINAIRES DU ROI

Il faut naturellement se garder de passer sous silence en pareille matière les pouvoirs extraordinaires du roi. En vertu du principe de la souveraineté absolue, celui-ci avait la faculté de faire incarcérer pour un temps indéfini qui

(28) JOUSSE: Commentaire de l'Ordonnance de 1667, t. 2, p. 447. — DENISARD: Collection de jurisprudence, III, p. 715. — POUILLAIN-DUPARC: Principes de Droit français, t. 10, p. 907.

(29) Ordonnance de 1670, titre I, art. 10 et 21.

bon lui semblait, sans avoir à justifier d'aucun motif. Les lettres de cachet n'étaient pas munies du sceau de l'Etat. Elles échappaient donc à tout contrôle de la Chancellerie. Elles permettaient le plus souvent des arrestations politiques. Parfois, elles étaient sollicitées par un père, un mari pour des motifs d'ordre familial. On sait que le marquis de Mirabeau, père de l'orateur, obtint ainsi du roi cinquante-quatre lettres de cachet, tant contre son fils que contre sa femme.

Louis XIV et Louis XV firent de ce moyen simple et discret de réduire au silence leurs ennemis un usage fréquent et abusif. La courageuse protestation de Malesherbes en 1770 contre cette méthode de gouvernement est célèbre : « Les lettres de cachet, écrivait-il, sont tellement multipliées qu'aucun citoyen n'est assuré de ne pas voir sa liberté sacrifiée à des vengeances personnelles ; car personne n'est assez grand pour être à l'abri de la haine d'un ministre ni assez petit pour n'être pas digne de celle d'un commis de ferme ».



A la veille de la Révolution, la liberté individuelle n'était donc assortie en France que de garanties illusoires et d'une protection juridiques sans aucune valeur pratique. Les abus d'autorité, les arrestations arbitraires, les privations injustifiées de la liberté fournissaient aux écrivains et philosophes du temps l'occasion de violentes diatribes contre le gouvernement. Des politiques doctrinaires, tels que Montesquieu et Rousseau, et des polémistes, tels que Voltaire ou Beaumarchais, multipliaient leurs efforts pour dénoncer les vices du Régime. L'attention du gouvernement et celle du peuple étaient attirées sur l'impérieuse nécessité d'une réforme.

Cet éveil de l'opinion publique se traduisait, d'une part par un édit de 1788, qui reconnaissait comme indispensable une réforme générale de la procédure criminelle, et d'autre part par les vœux exprimés dans les cahiers des Etats

Généraux de 1789, réclamant unanimement certaines garanties contre l'arbitraire en matière d'arrestation et d'emprisonnement (30).

SECTION IV

La Révolution

§ 1. — LES PRINCIPES RÉVOLUTIONNAIRES ET LES GARANTIES CONSTITUTIONNELLES ET LÉGALES DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

La Révolution a ouvert une période nouvelle dans l'histoire des principes politiques et juridiques de notre pays, parce qu'elle a consacré le droit individuel comme fondement de la législation. La liberté individuelle devient une des pierres de base du nouvel édifice dont les hommes qui accèdent au pouvoir entreprennent la construction.

Parmi les principes solennellement affirmés par la Déclaration des Droits de l'Homme, l'article 4 déclare : « La liberté individuelle consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de limites que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Et l'article 7 plus précisément encore spécifie : « Nul homme ne peut être arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et dans les formes qu'elle a prescrites ».

Il restait à faire passer ces principes dans le plan législatif, en assurant aux justiciables une protection réelle contre les arrestations et emprisonnements arbitraires par une nouvelle réglementation du droit d'appréhension et de détention préventive.

Les gouvernements et assemblées révolutionnaires élaborèrent dans ce but un nombre considérable de lois et

(30) Le Tiers-Etat d'Alençon demandait « que tout juge puisse être cité par la partie lésée devant le tribunal le plus voisin lorsqu'il a prévariqué ». Le cahier des Etats de Nemours, ch. I, art. 15, formulait le vœu « que tout homme accusé d'un délit ait le droit de n'être point emprisonné, à moins d'avoir été convaincu, tant qu'il y a quelque moyen de s'assurer que si le jugement le déclare coupable il ne pourra point échapper à la punition ».

décrets. Une énumération rapide des principaux de ces textes permettra d'apprécier la valeur juridique et la portée pratique de la réforme entreprise. Si les gouvernants avaient été en état d'en assurer l'application effective, ils auraient réellement sur ce point rempli la tâche qu'ils s'étaient assignée.

Dès le 8 octobre 1789, un décret rend la procédure publique, accorde à l'inculpé l'assistance d'un avocat et décide que les ordres d'ajournement ou de prise de corps devront être prononcés par trois juges. Les personnes domiciliées ne pourront plus faire l'objet d'un décret de prise de corps, à moins qu'elles encourent une peine corporelle.

L'Assemblée Constituante rend, les 16, 26 mars 1790, un décret abolissant les lettres de cachet. La loi des 16, 29 septembre 1791, qui établit l'oralité des débats judiciaires, crée nos mandats d'amener et d'arrêt modernes. Le droit de décerner un mandat d'amener est confié au juge de paix, qui est officier de police judiciaire. Le juge délivre un mandat d'arrêt si, après un premier interrogatoire, une détention préventive est jugée nécessaire. La mise en liberté sous caution peut être accordée, si la peine éventuelle est simplement infâmante.

Les Constitutions des 24 juin 1793 et 25 fructidor an III (22 août 1795) reproduisent en matière de liberté individuelle les principes énoncés dans la Déclaration des Droits (31). Certaines dispositions de la Constitution de l'an III, destinées à prévenir des arrestations arbitraires, seront insérées dans le Code d'instruction criminelle, en 1808.

Un projet libéral de Sieyes, en date du 26 thermidor an III, instituant un jury constitutionnel ou tribunal supérieur devant lequel seraient portées les réclamations

(31) Constitution du 24 juin 1793, art. 10 : « Nul ne doit être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites ». Art. 11 : « Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine est arbitraire et tyrannique ». Art. 12 : « Ceux qui solliciteraient, expédieraient, signeraient, exécuteraient ou feraient exécuter des actes arbitraires seraient coupables et devraient être punis ».

concernant la liberté individuelle, est repoussé par l'Assemblée.

Le Code des délits et des peines, promulgué le 3 brumaire an IV, crée le mandat de comparution et confie au directeur du jury d'accusation le rôle de statuer sur la mise en liberté provisoire de l'inculpé. A l'exemple de l'*habeas corpus* anglais, le code de brumaire oblige aussi le gardien de la prison à représenter la personne du détenu aux parents et amis qui en feraient la demande, à moins que ce dernier ait été mis au secret. Cette dernière restriction diminue, il est vrai, dans une très grande mesure, la valeur de cette nouvelle garantie (32).

§ 2. — L'ORGANISATION DE L'ARBITRAIRE LÉGAL PAR LA PROMULGATION DE LOIS D'EXCEPTION

La législation révolutionnaire sur la liberté individuelle forme un véritable et saisissant diptyque. Si l'une des faces de ce diptyque est composé des nombreux textes assurant aux individus des garanties contre tout arbitraire, sur l'autre face sont insérées la multitude des lois d'exception abolissant temporairement par raison d'Etat ces mêmes garanties et privant en fin de compte les justiciables du bénéfice des dispositions de droit commun.

Ainsi, la loi du 29 décembre 1792 investissait les commissaires aux Armées d'un pouvoir presque absolu et complètement arbitraire (33). La loi du 11 mars 1793 instituait un tribunal criminel révolutionnaire destiné à connaître « de toute entreprise contre-révolutionnaire, de tous attentats contre la liberté, l'égalité, l'unité, l'indivisibilité de la République, la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat et de tous les complots tendant à rétablir la

(32) Code du 3 brumaire an IV, art. 588 : « Les parents ou amis du détenu, porteurs de l'ordre de l'officier municipal qui ne peut le refuser, ont aussi le droit de se faire représenter sa personne; et le gardien ne peut s'en dispenser qu'en justifiant de l'ordre exprès du président ou directeur du jury, portant injonction de le tenir au secret ».

(33) Loi du 29 décembre 1792 : « Les Commissaires aux Armées pourront faire toutes les réquisitions nécessaires, destitutions, arrestations et remplacements à la charge d'en rendre compte sans délai à la Convention ».

royauté ou à établir toute autre autorité attentatoire à la liberté, à l'égalité et à la souveraineté du peuple » (art. 1^{er}). Les formules si élastiques de ce texte permettaient son application à n'importe quel acte. Les droits d'arrestation de poursuite et d'accusation étaient abandonnés à l'accusateur public et l'on sait avec quel zèle il remplit sa terrible tâche. La loi de 1793 consacrait, au-dessus de tous les principes et de toutes les garanties constitutionnelles, l'arbitraire le plus cynique et le plus absolu.

Le 22 prairial an II, un décret organisait le tribunal révolutionnaire appelé à jouir d'une compétence vague et presque universelle et à ne prononcer qu'une seule peine : la mort.

Une multitude de lois créant des juridictions et des procédures dérogatoires au droit commun pour juger certains délits spéciaux furent votées dans les mois qui suivirent.

La fin du régime de la Terreur n'apporta pas un terme à cette législation d'exception. Le Directoire, pressentant l'imminence d'un coup d'Etat, voulut se procurer de nouvelles armes contre les factieux. La loi du 30 prairial an VII autorisait la mise hors la loi de toute autorité ou de tout individu, qui attenterait à la sûreté ou à la liberté du Corps Législatif ou de quelqu'un de ses membres. La loi du 24 messidor an VII, dénommée loi des otages, rendait les parents d'émigrés, leurs alliés et les ci-devant nobles « personnellement et civilement responsables des assassinats et brigandages commis dans l'intérieur, en haine de la République, dans les départements, cantons et communes déclarés en état de trouble ». L'Administration était autorisée à prendre des otages au cas de manifestations contre le Gouvernement et en 1799 des déportations en masse étaient exécutées sans jugement, pour tenter d'abattre l'opposition royaliste de plus en plus menaçante.

Toutes ces mesures étaient arbitraires ; le coup d'Etat du 19 brumaire allait au surplus démontrer qu'elles avaient manqué leur effet.

§ 3. — LA RESPONSABILITÉ DES MAGISTRATS

Le droit révolutionnaire s'est naturellement insurgé aussi au nom de la liberté individuelle contre l'irresponsabilité de fait dont bénéficiaient les fonctionnaires et spécialement les agents du pouvoir judiciaire sous l'Ancien Régime. Emu par les doléances contenues à ce sujet dans les cahiers des Etats Généraux, il proclama dans la Déclaration des Droits du 3 septembre 1791 : « La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », et dans la Déclaration du 29 mai 1793 : « La garantie sociale ne peut exister, si la responsabilité de tous les fonctionnaires n'est pas assurée ».

Après ces belles déclarations de principe, la législation spéciale sacrifiait d'ailleurs à l'omnipotence de l'Etat les droits unanimement reconnus aux citoyens. La loi constitutionnelle du 3 septembre 1791, titre III, article 27, autorisait seulement le Tribunal de Cassation à annuler les actes des juges excédant leur pouvoir, sans fournir aucune réparation aux victimes de ces actes. Si le juge s'était rendu coupable d'une forfaiture, c'était le Corps Législatif qui, en violation manifeste du principe de la séparation des pouvoirs, rendait le décret d'accusation et renvoyait le prévenu devant la Haute Cour nationale.

Le code de brumaire an IV, article 565, rétablissait l'ancienne voie de la prise à partie, mais seulement au cas de « dol, fraude, ou prévarication commise par inimitié personnelle du juge ». La responsabilité du magistrat était donc exclue en cas de faute lourde. De plus, la poursuite devait être préalablement autorisée par le Corps Législatif ou par la juridiction supérieure à celle dont le juge incriminé faisait partie.

Ainsi, loin d'étendre la responsabilité des magistrats hors du domaine limité dans lequel l'Ancien Régime l'avait cantonnée, la Révolution n'est parvenue qu'à restreindre encore les cas d'application de la procédure de la prise à partie. Les dispositions si étroites du code de brumaire an IV sont particulièrement importantes à mentionner,

puisqu'elles ont été à peu près reproduites par le Code de procédure civile de 1806 et qu'elles ont survécu dans notre droit jusqu'à la réforme de 1933.

Les magistrats, qui se rendaient coupables d'actes attentatoires à la liberté individuelle, s'exposaient aussi en principe à de graves sanctions pénales. Le Code pénal du 25 septembre 1791 punissait de six à douze ans de gêne quiconque avait participé à une arrestation ou à une détention illégale. Ces dispositions furent à peu près reproduites par le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. Un article de ce code frappait au surplus d'une peine spéciale le fonctionnaire qui aurait incarcéré une personne dans un lieu autre qu'une prison de l'Etat (34).

Il convient de noter que la plupart de ces textes répressifs, excellents en eux-mêmes, demeurèrent eux aussi à peu près lettre morte pendant la tourmente révolutionnaire.

SECTION V

Le Consulat et l'Empire

La législation du Consulat et de l'Empire s'efforça, tout en maintenant en façade les principes révolutionnaires dont Napoléon Bonaparte se proclamait le défenseur, de servir les tendances autocratiques du nouveau chef du pays et de concentrer entre ses mains le pouvoir souverain dont la nation se prétendait détentrice.

(34) Code du 3 brumaire an IV, art. 581 : « Tout homme, quelque soit sa place ou son emploi, autre que ceux à qui la loi donne le droit d'arrestation, qui donne, signe, exécute ou fait exécuter l'ordre d'arrêter un individu ou qui l'arrête effectivement, si ce n'est pour le remettre sur-le-champ à la police dans les cas déterminés par la loi, est poursuivi criminellement et puni comme coupable du crime de détention arbitraire ». — Art. 582 : « La même peine a lieu contre quiconque, même dans les cas d'arrestation autorisée par la loi, conduit, reçoit ou détient un individu dans un lieu de détention non légalement et publiquement désigné par l'administration du département pour servir de maison d'arrêt, de maison de justice ou de prison ». — Art. 583 : « Toute personne qui a connaissance d'une détention illégale est tenue d'en informer les agents municipaux ou le juge de paix du canton. Ces officiers doivent alors faire mettre en liberté l'individu arbitrairement détenu et s'ils ne se conforment pas à cette disposition ils peuvent être punis comme complices du crime d'attentat à la liberté individuelle ».

La Constitution du 22 frimaire an VIII, rédigée dès la prise de pouvoir de Bonaparte et sous son inspiration personnelle, réservait au Gouvernement dans son article 46 le droit de décerner des mandats d'arrêt contre les auteurs présumés de conspiration, ayant pour but de troubler l'ordre établi, sauf à les déférer à la justice dans les dix jours de leur arrestation. Cette dernière disposition, relative au délai pendant lequel les individus pouvaient être détenus préventivement, ne fut d'ailleurs pas observée. Aussi le sénatus-consulte du 16 thermidor an X abandonna-t-il au Sénat, c'est-à-dire en réalité au Premier Consul lui-même, l'appréciation de la durée de ce délai dans chaque cas particulier.

L'article 75 de la Constitution de l'an VIII obligeait celui qui voulait exercer une poursuite contre un fonctionnaire à raison d'un acte exécuté dans l'exercice de ses fonctions à solliciter au préalable une décision favorable du Conseil d'Etat. Cette réforme d'apparence anodine a eu pour effet de rendre au cours du XIX^e siècle les poursuites contre les fonctionnaires, sinon impossibles, du moins très difficiles et de restituer à ces derniers la situation privilégiée et pratiquement inattaquable dont ils jouissaient avant 1789 (35).

La loi du 7 pluviôse an IX rétablit l'instruction préparatoire secrète abandonnée depuis 1791 et créa un ministère public, auquel elle confia la tâche de délivrer des mandats de dépôt, à charge d'en avertir dans les vingt-quatre heures le directeur du jury d'accusation. Ce dernier, après avoir examiné l'affaire, accordait ou refusait à l'inculpé la liberté provisoire.

Le sénatus-consulte du 28 floréal an XII, faisant mine de libéralisme, institua, il est vrai, une commission de sept sénateurs, dite commission de la liberté individuelle, chargée de statuer sur la situation des personnes détenues depuis plus de dix jours en vertu d'un ordre ministériel. Si la commission estimait l'arrestation « non justifiée par

(35) L'article 75 de la Constitution de l'an VIII a été abrogé par le décret du 19 septembre 1870.

l'intérêt de l'Etat », elle invitait le ministre compétent à relâcher le détenu. Au cas où trois invitations consécutives de cette nature, renouvelées dans l'espace d'un mois, demeuraient sans résultat, le ministre, auteur de l'arrestation arbitraire, pouvait être traduit devant la Haute-Cour impériale. L'empereur avait seul d'ailleurs la faculté de convoquer cette Haute-Cour. En fait, la dépendance du Sénat vis-à-vis du pouvoir impérial était telle que le système élaboré pour assurer aux justiciables un semblant de garanties n'était pas viable. La commission sénatoriale de la liberté individuelle ne siégea jamais.

Le Code d'instruction criminelle et le Code pénal n'ont guère innové en matière de protection de la liberté individuelle. L'étude ultérieure des textes encore en vigueur de ces codes nous permettra de constater à nouveau combien l'œuvre juridique impériale exprime la pensée autoritaire du Gouvernement dictatorial qui l'a conçue et édifiée. Les articles 10 et 479 à 504 du Code d'instruction criminelle, les articles 505 à 509 du Code de procédure civile, l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, les articles 114 à 122 du Code pénal sont autant de textes organisant plus ou moins ouvertement l'attentat légal à la liberté des citoyens et le déni de justice. C'est l'occasion de rappeler le jugement de Tocqueville : « En France, le règne de la liberté est proclamé dans la loi et l'arbitraire se réfugie dans l'exécution ».

Le nombre des déportations, des arrestations et des détentions sans jugement pendant le règne de Napoléon I^{er} a été immense. La lecture du décret du 3 mars 1810 est sur ce point édifiante. « Considérant, disait ce texte, qu'il est un certain nombre de nos sujets détenus dans les prisons d'Etat, sans qu'il soit convenable ni de les faire traduire devant les tribunaux ni de les remettre en liberté... » Le même texte instituait en conséquence huit nouvelles prisons d'Etat destinées à recevoir ces individus, sans jugement et pour un temps indéterminé, par mesure de haute police, sur l'ordre du conseil privé de l'empereur. Le décret de 1810 consacrait le régime de l'arbitraire légal. Le réta-

blissement pur et simple des lettres de cachet n'eût pas conféré au Gouvernement un pouvoir plus étendu et plus arbitraire sur la liberté des citoyens !

SECTION VI

Le XIX^e siècle, depuis la Restauration jusqu'à la Constitution de 1875

Il n'y a pas lieu de s'étonner que, sous un régime aussi autoritaire que celui dont Napoléon I^{er} avait doté pendant quinze ans la France, la liberté individuelle ait été mise à rude épreuve et ait dû subir de multiples avanies. Par contre, depuis la chute de Napoléon, tous les régimes successifs qu'a connus notre pays se sont plus ou moins proclamés libéraux et démocratiques, tous les gouvernants se sont hâtés, dès leur prise de pouvoir, de promulguer des constitutions, dans lesquelles était à nouveau solennellement affirmé le caractère sacré de la liberté individuelle. Il n'empêche que la liste des lois portant atteinte à cette liberté et des arrestations et détentions arbitraires entre 1815 et 1875 est presque aussi longue que sous le premier Empire.

Sous la Restauration, la charte des 4, 10 juin 1814 spécifiait bien, il est vrai : « La liberté individuelle est garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit ». Mais les lois des 29 octobre 1815, 12 février 1817, 26 mars 1821 attribuaient au Gouvernement le pouvoir de faire arrêter ou détenir tout individu prévenu de complot ou machination contre la personne du roi, de la famille royale et contre la sûreté de l'Etat, sans qu'il fût nécessaire de le faire traduire devant les tribunaux. Et les arrestations arbitraires reprirent de plus belle.

La Charte constitutionnelle du 14 août 1830 affirmait encore que la liberté individuelle était garantie par la loi. Mais l'attentat Fieschi provoquait en 1835 le retour au système de la répression violente.

En 1848, le général Cavaignac, à qui avaient été confiés des pouvoirs dictatoriaux, était amené à arrêter et à déporter sans jugement une multitude d'individus soupçonnés d'avoir participé à l'insurrection populaire du 23 juin (décret du 27 juin 1848).

La Constitution du 4 novembre 1848 déclarait dans son article 2 : « Nul ne peut être arrêté ou détenu que suivant les prescriptions de la loi », mais le 2 décembre 1851, lors du coup d'Etat conférant le pouvoir au futur Napoléon III, soixante-dix-huit personnes, parmi lesquelles Thiers, Changarnier, Bedeau-Lamoricière, étaient arrêtées et le décret du 7 décembre déférait à des commissions militaires, jugeant d'une façon sommaire, sans formes et sans appel, la connaissance de tous faits de résistance au coup d'Etat. De nouvelles transportations coloniales en masse en résultèrent.

La Constitution du 14 janvier 1852 reconnaissait à nouveau les grands principes de 1789 et en garantissait le respect. Elle ouvrait en réalité une période semblable à celle du premier Empire. A la suite de l'attentat d'Orsini, la loi du 8 février 1858 autorisa l'internement ou la transportation par mesure de sûreté à Cayenne ou Lambessa de tous les individus suspects. Deux mille personnes furent alors arrêtées dans les départements, quatre cent trente d'entre elles furent déportées.

Rappelons enfin pour mémoire la sanglante insurrection de la Commune et l'impitoyable répression arbitraire qui la suivit en 1871.



Au terme de cette rapide esquisse historique, la constatation qui s'impose donc est la suivante : jamais au cours de notre histoire jusqu'à l'avènement de la troisième République, ni sous l'Ancien Régime, ni sous le nouveau, la liberté individuelle n'a été efficacement garantie contre les atteintes arbitraires émanant du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire ; jamais les Fran-

çais n'ont été vraiment à l'abri d'une arrestation ou d'une détention illégale ou injustifiée.

Les réformes législatives partielles que ces cinquante dernières années ont vu éclore, les garanties nouvelles que des lois récentes ont apportées aux justiciables ont-elles réussi à modifier l'état de chose antérieur, sont-elles parvenues à détruire ce « monument d'iniquité » énergiquement dénoncé par les publicistes libéraux du XIX^e siècle ? C'est la question à laquelle nous allons à présent nous efforcer de répondre.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

NOTIONS GÉNÉRALES SUR L'ARRESTATION ET LA DÉTENTION PRÉVENTIVE EN DROIT FRANÇAIS

La protection de la liberté individuelle en France contre les arrestations et détentions arbitraires ne peut être étudiée indépendamment de l'organisation générale de l'instruction criminelle dans notre législation et spécialement du rôle et de l'étendue des pouvoirs des officiers de police judiciaire en matière d'arrestation et de détention. Il est en effet incontestable que dans un pays où l'arrestation et la détention préventive sont soumises à des conditions de forme et de fond très strictes, les appréhensions et emprisonnements arbitraires ne sont guère à craindre et l'institution d'un système de sanctions efficaces n'y joue pas le rôle essentiel qu'elle est appelée à tenir dans un pays où le droit de priver un citoyen de sa liberté est abandonné à l'appréciation libre de certains fonctionnaires n'offrant pas toutes garanties de compétence et d'impartialité. Assurer aux individus arrêtés ou détenus à tort une réparation adéquate au dommage subi, c'est bien, mais leur épargner ces arrestations et détentions sans fondement par une détermination exacte des attributions des autorités judiciaires et l'institution d'un système rationnel de garanties préventives, n'est-ce pas mieux encore ?

Aussi bien nous apparaît-il impossible d'entreprendre l'étude des mesures juridiques destinées à prévenir, réparer et réprimer les arrestations et détentions arbitraires, sans jeter au préalable un regard rapide sur le droit d'arresta-

tion et sur la détention préventive en droit français et sans attirer au passage l'attention sur certaines dispositions légales peu compatibles avec le respect dû à la liberté individuelle.

SECTION I

Le droit d'arrestation

« L'arrestation, a écrit M. FAUSTIN-HÉLIE, est l'acte le plus important de l'instruction préalable, car elle fait peser sur un citoyen une présomption de culpabilité, elle crée un commencement de poursuite, elle le place en état de prévention » (1). L'arrestation a effectivement pour principal effet de modifier la situation juridique de l'individu qui en est l'objet et de lui conférer aux yeux du public le caractère d'inculpé. Elle peut porter directement et profondément atteinte à la réputation et à l'honneur de ce dernier. Devant les redoutables conséquences matérielles et morales d'une arrestation hâtive et injustifiée, nous pouvons donc déjà poser en principe que l'arrestation ne doit être opérée que s'il y a de graves présomptions de culpabilité et que le soin d'apprécier la gravité de ces présomptions ne doit être confié qu'à une autorité judiciaire réunissant au plus haut degré les conditions de maturité d'esprit, d'expérience et d'équité indispensables, c'est-à-dire à un juge inamovible et indépendant.

En droit français, la survivance de certaines arrestations purement administratives porte une atteinte directe et grave à ces principes fondamentaux.

§ 1. — ARRESTATIONS PAR LES OFFICIERS ET AGENTS DE LA POLICE JUDICIAIRE

1° *Le droit d'arrestation du juge d'instruction*

Le droit de délivrer un mandat ordonnant l'arrestation d'une personne contre laquelle il existe des indices suffi-

(1) FAUSTIN-HÉLIE: *Traité d'Instruction criminelle*, t. 4, n° 1941.

sants de sa culpabilité appartient exclusivement en principe au juge d'instruction. Si la loi cantonne dans des bornes de plus en plus restreintes la faculté pour le juge de placer et de maintenir un inculpé en état de détention préventive, elle lui laisse au contraire jusqu'à présent toute latitude pour apprécier l'opportunité d'une arrestation et le choix du mandat à délivrer dans ce but. On ne peut vraiment songer à brider par une réglementation légale préconçue cette libre faculté d'appréciation, sans aboutir à compliquer terriblement la tâche déjà si lourde du juge d'instruction et sans risquer d'ébranler tout notre système répressif actuel. Le pouvoir considérable dont dispose le juge d'instruction répond à d'impérieuses nécessités sociales. Quant à la liberté des justiciables, elle n'en est pas sérieusement affectée : la haute conscience morale et la grande expérience professionnelle de ces magistrats les mettent le plus souvent en mesure de prendre en toute indépendance, en toute connaissance de cause et en toute équité les décisions relatives à la liberté individuelle rentrant dans leurs larges attributions.

Mais toutes ces garanties exclusivement personnelles ne font évidemment pas disparaître tout risque d'erreur. Ne faut-il pas dès lors chercher à réduire encore ces risques, si minimes qu'ils soient ? Sans doute, un grand nombre de circulaires émanant du Garde des Sceaux ou des Procureurs généraux dispensent-ils abondamment les conseils de prudence aux magistrats instructeurs et un ensemble de règles coutumières se dégagent de ces minutieuses prescriptions. Mais là où les abus sont possibles, alors même qu'ils ne se produiraient pas, il faut les craindre, et s'en préserver par la garantie de dispositions légales.

M. ROLLAND a rappelé dans un article déjà ancien (2) quelques cas célèbres d'arrestations exécutées par erreur par la faute de mandats libellés d'une manière trop

(2) M. ROLLAND : Réparations dues aux particuliers en cas d'arrestation arbitraire. *Revue de Droit public*, 1909, p. 723.

vague (3). Le juge d'instruction ne peut toujours compter, pour suppléer aux lacunes ou aux imprécisions des mandats qu'il lance, sur les facultés éventuelles de discernement et de tact des agents chargés de les mettre à exécution. L'article 95 du Code d'instruction criminelle dispose simplement que le prévenu « sera nommé ou désigné le plus clairement qu'il sera possible ». En présence des abus auxquels l'insuffisance de ce texte a donné lieu, la Chancellerie en a par des circulaires précisé et quelque peu étendu la portée (4). En réalité, pour obliger véritablement le juge à détailler, chaque fois que cela lui est possible, avec une très grande précision, le signalement exact de l'individu à appréhender, c'est à une modification effective de l'article 95 lui-même qu'il faudrait convier le législateur.

En ce qui concerne le choix du mandat à délivrer, le juge dispose aussi en fait d'un pouvoir d'appréciation qu'il serait sans danger et parfois fort utile de limiter quelque peu. Tandis que le mandat de comparution ne donne lieu à aucune mesure coercitive contre la personne qui en fait l'objet et ne porte donc pas atteinte à sa liberté, le mandat d'amener emporte de plein droit l'arrestation de l'inculpé et son dépôt tout au moins provisoire dans la maison d'arrêt. Il paraît dans ces conditions rationnel de n'autoriser le juge à ne délivrer d'abord, quelle que soit l'infraction, qu'un mandat de comparution et à n'user du mandat d'amener que s'il y a danger de suppression de preuves ou si le prévenu n'a pas de domicile ou s'il est étranger, enfin s'il n'a pas répondu au premier mandat dans les vingt-quatre heures.

Ici encore une réforme législative apparaît souhaitable.

2° *Le droit d'arrestation du Procureur de la République*

En droit, le Procureur de la République ne jouit que dans des cas exceptionnels et limitativement définis par les

(3) Voir aussi *Revue pénitentiaire*, 1909, p. 1127 à 1130, sur la rédaction des mandats de justice et la liberté individuelle, et p. 1296 à 1298 sur les mandats en blanc.

(4) Voir notamment Circulaire de la Chancellerie du 14 octobre 1909.

textes légaux de la faculté d'ordonner de son propre chef une arrestation.

L'article 40 du Code d'instruction criminelle lui confère d'abord cette faculté en cas de flagrant délit. Ce droit d'appréhension est de même nature et de même étendue que celui dont est titulaire dans la même hypothèse tout agent auxiliaire de la police judiciaire. Il se double, il est vrai, du droit de délivrer contre l'individu arrêté un mandat de dépôt le constituant pour un temps indéfini en état de détention préventive.

Le Procureur peut encore ordonner lui-même une arrestation dans le cas de crime ou délit même non flagrant commis à l'intérieur d'une maison, lorsque le chef de la maison lui adresse à ce sujet une réquisition (Code d'instruction criminelle, art. 46), et enfin dans le cas où l'inculpé saisi en flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles est traduit à l'audience en suivant la procédure abrégée de la loi du 20 mai 1863 (art. 1^{er}).

Les cas dans lesquels le Procureur de la République a, à titre exceptionnel, le droit de priver un individu de la liberté sont donc bien déterminés. Ils ne constitueraient par conséquent la source d'aucun abus si, ainsi que nous le soulignerons plus loin, l'extension jurisprudentielle continue de la notion de flagrant délit ne fournissait trop fréquemment aux magistrats du Parquet le moyen d'étendre leurs attributions hors des hypothèses limitativement prévues par le législateur.

Le droit personnel d'arrestation du Procureur de la République reste malgré tout limité. Mais son droit de poursuivre, de saisir le magistrat instructeur et de requérir de lui un mandat est bien autrement étendu et redoutable pour la liberté individuelle privée à cet égard de toute garantie. Sans doute le juge d'instruction saisi d'un réquisitoire introductif devient-il alors le maître du point de savoir s'il y a lieu ou non de procéder à certaines arrestations. Il ne faut pas se dissimuler qu'en pratique il ordonne les arrestations requises par le Parquet. Parfois même, c'est le Procureur de la République qui effectue une arres-

tation provisoire, quitte à en obtenir du juge d'instruction la régularisation par un mandat que ce dernier décerne après coup.

Naturellement le réquisitoire introductif du Procureur de la République est presque toujours précédé d'une enquête fournissant à celui-ci des indices sérieux de la culpabilité de la personne contre laquelle il est rédigé et les magistrats du Parquet ont soin de s'entourer de toutes les précautions et garanties utiles avant de mettre en branle l'action publique.

Il n'en reste pas moins que le Procureur de la République, officier de police judiciaire, est dépendant du Ministre de la Justice par l'intermédiaire du Procureur Général et que cependant son pouvoir de requérir une information et une arrestation est en droit absolu, sans limites. Qu'il n'use le plus souvent de ses pouvoirs qu'à bon escient, dans le seul souci d'une vigilante administration de la Justice, cela est certain. Mais il ne suffit pas que l'arbitraire n'existe pas en fait, il ne faut pas qu'il soit possible ou que l'inculpé puisse le supposer possible.

Certains auteurs ont préconisé, pour parer à ce danger, l'octroi à l'inculpé d'une voie de recours antérieure à tout acte d'information, devant la Chambre du Conseil, qui déciderait alors s'il y a lieu ou non à instruction et à arrestation immédiate (5). Cette solution nous paraît susceptible de fournir à l'inculpé la conscience d'être efficacement garanti contre tout risque d'abus ou de détournement de pouvoir.

3° Le droit d'arrestation des officiers de police judiciaire auxiliaires du Procureur de la République

Les commissaires de police, les maires et adjoints de maire, les officiers de gendarmerie et les juges de paix, officiers de police judiciaire auxiliaires du Procureur de la République, ont, en matière d'arrestation, les mêmes droits

(5) Voir Observations de M. CHANTEAU, Procureur de la République : Discussion sur les garanties de la liberté individuelle, *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 653.

exceptionnels que les articles 40 et 46 du Code d'instruction criminelle reconnaissent au Procureur de la République lui-même.

4° *Le droit d'arrestation des agents spéciaux adjoints à la police judiciaire*

Les attributions en matière d'arrestation des agents spéciaux adjoints à la police judiciaire, gendarmes, agents de police, gardes-champêtres et forestiers, douaniers, sont en droit très limitées. Le rôle de ces diverses personnes et notamment des gendarmes, en tant qu'agents d'exécution des mandats et ordonnances de justice, ne nous intéresse pas.

Mais les gendarmes ont en outre le droit d'appréhender de leur propre autorité les individus qu'ils surprennent en flagrant délit, si l'infraction commise emporte peine afflictive ou infâmante (art. 106, Code d'instr. crim. et 304 du décret du 20 mai 1903) (6).

Là se limitent en droit les attributions des gendarmes en matière d'arrestation. En fait, la gendarmerie procède journellement à de multiples appréhensions hors le cas de flagrant délit. Ces nombreuses arrestations constituent-elles autant d'atteintes inadmissibles à la liberté individuelle et rendent-elles les agents qui les effectuent passibles des sanctions dont les menace l'article 304 du décret de 1903 ? Il nous paraît impossible de le soutenir, malgré le caractère manifestement illégal de ces appréhensions. Leur multiplicité même démontre clairement que ce sont les nécessités impérieuses de la répression, qui obligent seules, dans la plupart des cas, les gendarmes à sortir de leurs attributions légales, en appréhendant et en conduisant devant un officier de police judiciaire les individus suspects d'avoir commis une infraction ou contre lesquels il existe

(6) Les gardes champêtres et les gardes forestiers ont, en vertu de l'article 16 du Code d'instruction criminelle, le droit d'arrêter les individus qu'ils surprennent en flagrant délit, dès lors que l'infraction commise emporte la peine d'emprisonnement. Ils ont donc en droit des pouvoirs plus étendus que les gendarmes.

des présomptions ou des indices graves. S'en tenir à la lettre de la loi, c'est constamment laisser la police et la justice désarmées devant les dangers que la criminalité fait planer sur la société. Il est bien évident par exemple que le commissaire de police ou le gendarme à qui un individu viendra déclarer qu'il a tué quelqu'un ne devra pas laisser l'assassin en liberté, quoique le crime ne soit pas flagrant et qu'il ne fasse l'objet d'aucun mandat.

Mais il n'en demeure pas moins qu'une loi que les nécessités pratiques obligent à violer quotidiennement ne peut pas être sérieusement sanctionnée et qu'elle fait donc courir de gros risques à la liberté individuelle. Comment un gendarme, que l'on autorise constamment à violer la loi en effectuant des arrestations justifiées par les circonstances et les nécessités de la répression, pourrait-il se voir infliger des sanctions disciplinaires et pénales, lorsqu'il procède tout aussi illégalement à une arrestation franchement arbitraire et injustifiée ? Plus modeste dans la hiérarchie judiciaire est la situation de l'agent à qui l'on confie des pouvoirs sur la liberté de ses concitoyens, plus fortes doivent être les garanties légales des justiciables contre le défaut d'expérience, de conscience professionnelle ou de discernement de celui-ci.

Par suite de cette fâcheuse carence des textes légaux, la Jurisprudence s'est nécessairement heurtée à ce dilemme d'appliquer la loi et de priver ainsi la police judiciaire de la plupart de ses moyens d'action contre les criminels et malfaiteurs ou bien de distribuer à cette même police les armes dont elle a besoin pour exécuter sa mission et de lui reconnaître en conséquence des pouvoirs arbitraires que la loi lui refuse.

a) *Essai jurisprudentiel de justification du caractère illégal de certaines arrestations par une extension de la notion de flagrant délit.*

La Jurisprudence s'est efforcée d'éluder la difficulté en donnant à la notion de flagrant délit une interprétation de plus en plus large. L'arrestation en flagrant délit ne pou-

vait, selon le Code d'instruction criminelle (art. 41 et 106), être opérée que si d'une part l'infraction était punie de peines afflictives ou infâmantes, c'est-à-dire criminelle, et si d'autre part le délinquant avait été surpris sur le fait au moment même où il exécutait ou venait d'exécuter son crime.

La Jurisprudence, abandonnant d'abord la première condition posée par le code, admit dès 1823, que l'arrestation pourrait être opérée chaque fois que l'infraction commise serait passible d'une simple peine d'emprisonnement (7). L'article 1^{er} de la loi du 20 mai 1863, prescrivant que l'inculpé, arrêté en état de flagrant délit pour un fait puni de peines correctionnelles, soit immédiatement conduit devant le Procureur de la République, semble d'ailleurs confirmer cette jurisprudence, et les tribunaux, estimant que cette disposition légale modifie implicitement l'article 106 du Code d'instruction criminelle, ne font plus aujourd'hui aucune distinction entre le délit flagrant et le crime flagrant.

Mais la Jurisprudence ne s'en est pas tenue là. Elle a amorcé et développé une autre extension de la notion flagrant délit plus discutable et plus grave encore. Dans la pensée du législateur de 1863, le flagrant délit, « c'est le fait qui vient de s'accomplir, qui vient d'être constaté, qui a été vu, entendu et en présence duquel la dénégation serait impossible » (8), Or, les tribunaux n'exigent plus à présent que le délinquant ait été surpris en train de commettre l'infraction ou soit poursuivi par la clameur publique; il leur suffit, pour autoriser l'arrestation de ce dernier par un agent de la force publique, qu'un certain nombre de personnes le désignent comme l'auteur du délit ou encore que des soupçons pèsent sur lui en raison de ses explications embarrassées sur l'emploi de son temps pendant le moment où le délit a été commis ou bien qu'il soit trouvé porteur d'effets ayant appartenus à la victime (9),

(7) Arrêt C. Cass., 30 mai 1823, *Bull. crim.*, n° 79.

(8) NOGET SAINT-LAURENS : Travaux préparatoires loi 20 mai 1863.

(9) Voir notamment Arrêts C. Cass., Req., 8 août 1900, *D.* 1902-1-267, Paris, 1^{er} décembre 1925, *S.* 1928-1-34, Bordeaux, 22 mars 1932, *Rec. Bor-*

quand bien même plusieurs jours ou même plusieurs mois se seraient écoulés depuis la commission de l'infraction (10).

Ainsi, dès lors que des présomptions ou indices suffisants autorisent un agent subalterne de la police judiciaire à supposer qu'un individu quelconque vient de commettre un délit, cet agent peut légalement procéder à l'arrestation de ce dernier. Comme on est loin désormais « de la lumière, de l'évidence » qui, selon le rapporteur de la loi de 1863, caractérisaient le flagrant délit et justifiaient seules la procédure dérogatoire au droit commun qui lui est appliquée !

Le système jurisprudentiel actuel résoud peut-être la difficulté résultant de l'incompatibilité des textes légaux avec les nécessités de la pratique en matière d'arrestation ; il est en tous cas inacceptable, parce qu'il est formellement contraire au texte et à l'esprit de la loi et parce qu'il justifie tous les abus. Il n'est pas exagéré de dire que dans ces conditions l'arbitraire le plus parfait préside aux opérations de la police judiciaire.

b) *Autre essai de justification du caractère illégal de certaines arrestations par une distinction entre le droit d'appréhension proprement dit et le droit de capture.*

Si vaste que soit cette nouvelle conception jurisprudentielle du flagrant délit, elle s'avère cependant incapable d'embrasser et de justifier toutes les arrestations spontanées opérées par les agents spéciaux adjoints à la police judiciaire. Il fallait trouver autre chose. Aussi, certains auteurs ont-ils préconisé l'adoption d'une théorie susceptible à leurs yeux d'atteindre ce résultat.

Pour M. GARÇON notamment, il importerait de distin-

deaux, 1932-1-230, Trib. correct. Seine, 3 mars 1913, *Gaz. Trib.*, 4 octobre 1913.

(10) Pour M. GARRAUD (*Traité d'Inst. crim.*, t. III, p. 241) et pour M. LABORDE (article *Revue pénit.*, 1908, p. 930 à 934), le délai de flagrance serait de quarante-huit heures. Mais en pratique, des arrestations par mesure de police bien après expiration de ce délai sont fréquentes. M. MORIZOT-THIBAUT (*De l'Instruction préparatoire*, p. 179) cite le cas d'un inculpé arrêté « en flagrant délit », trois mois après la constatation d'un délit d'abus de confiance dont il s'était rendu coupable.

guer sous le même vocable d'arrestation deux variétés d'appréhensions, le droit d'arrestation proprement dit qui constituerait une personne en état de détention et le droit de capture, qui ne serait qu'une main-mise essentiellement provisoire sur l'individu contre qui il s'exercerait, pour le contraindre seulement à comparaître devant un officier de police judiciaire auxiliaire du Ministère public (11). Si le droit d'arrestation véritable ne devrait être exercé qu'en conformité des dispositions légales, il faudrait par contre reconnaître indistinctement et très largement le droit de capture à tous les fonctionnaires de la police judiciaire. Mais ce pur droit de capture serait inefficace, s'il ne se doublait pas du droit pour l'officier de police judiciaire, devant lequel serait traduit l'individu appréhendé, d'ordonner en cas de besoin qu'il soit conduit devant le Procureur de la République. Aussi les partisans de cette doctrine préconisent-ils également l'octroi aux commissaires de police, maires ou juges de paix du droit de délivrer en pareil cas un mandat de conduire devant le Procureur de la République, analogue au mandat d'amener du juge d'instruction et qui permettrait, tout comme ce dernier mandat, de retenir la personne qui en ferait l'objet pendant vingt-quatre heures.

Telle est la thèse. Elle se fonde à peu près exclusivement, d'une part sur la nécessité de fournir aux membres de la police judiciaire les armes dont ils ont besoin pour défendre la société contre la criminalité, d'autre part sur le caractère non lésionnaire pour la liberté individuelle du droit de capture.

Mais si limitées que soient dans la pensée de ses partisans la portée et l'étendue de ce droit de capture, il est pour le moins hasardeux d'affirmer qu'il ne pourrait porter atteinte à la liberté individuelle. Reconnaître à un simple gendarme, à un garde-champêtre ou à un agent de police le droit d'appréhender un individu qu'ils estiment suspect et de faire au besoin usage de la force pour l'ame-

(11) Voir Observations de M. GARÇON dans la discussion sur les garanties de la liberté individuelle: *Revue pénit.*, 1901, p. 450 et s. — Voir aussi M. LÉVY: *De l'Information officieuse*, thèse Nancy, 1934.

ner à comparaître devant un officier de police judiciaire, octroyer à un maire, à un commissaire de police ou à un juge de paix la faculté de délivrer contre l'individu appréhendé un mandat autorisant son maintien pendant vingt-quatre heures dans une chambre de sûreté, ce ne sont pas là des pouvoirs anodins maintenant la liberté individuelle à l'abri de tous risques d'arbitraire.

Enfin, toutes considérations pratiques mises à part, il faut bien reconnaître que la dualité de signification du vocable d'arrestation préconisée par cette doctrine n'existe pas dans notre droit (12). Le décret du 20 mai 1903 paraît bien, il est vrai, dans un certain nombre de ses dispositions, conférer une sorte de droit de capture aux gendarmes, quand il les autorise à appréhender, après la découverte d'un crime ou la commission d'une infraction, les individus suspects ou répondant au signalement des malfaiteurs présumés (art. 152, 153, 159, 162 du décret du 20 mai 1903). Mais ces textes ne sont pas seulement dangereux en raison de leurs formules vagues et imprécises, ils sont encore en contradiction manifeste avec l'article 304 du même décret, qui refuse à la gendarmerie tout droit d'arrestation spontanée hors le cas de flagrant délit, et avec toutes les dispositions sur la matière du Code d'instruction criminelle et des lois postérieures.

En réalité, notre droit ne connaît actuellement que deux sortes d'arrestations, l'arrestation par mesure d'instruction en vertu de mandats décernés par le juge d'instruction ou le Procureur de la République et l'arrestation spontanée par mesure de police, dans le seul cas de flagrant délit. Nulle part, il ne confère à la police judiciaire un large droit de capture, au sens où les partisans de la doctrine précitée entendent ce terme. Que cette institution d'un droit de capture au profit des agents subalternes de la police judiciaire présente des avantages d'ordre pratique, c'est incon-

(12) M. GARÇON a d'ailleurs lui-même reconnu que la distinction entre le droit de capture et le droit d'arrestation proprement dit n'était pas clairement faite par les lois françaises actuelles et qu'une réforme législative était indispensable pour la poser.

testable, mais que les textes actuels se prêtent à une interprétation favorable à la reconnaissance d'un tel droit, voilà qui ne peut être soutenu.

La vérité est que toutes les dispositions légales en vigueur se révèlent inaptes à satisfaire les nécessités de la répression et les besoins de la pratique. Toutes les théories ingénieuses proposées pour masquer cette carence n'y peuvent parvenir. Il n'y a qu'une façon de sortir de cette impasse : c'est de remanier les textes actuels, c'est d'inviter le législateur à conférer aux officiers et agents de la police judiciaire les attributions légales dont ils ont besoin pour remplir efficacement leur mission sociale. Entre deux droits aussi grands que le sont le droit de l'individu et le droit de l'Etat, faits non pour se combattre mais pour s'unir, il ne faut pas laisser subsister un domaine indécis où le droit de l'individu serait compromis sans que celui de l'Etat osât s'affirmer.

Si c'était la loi elle-même qui attribuait expressément aux gendarmes le droit d'appréhender les individus suspects et de les conduire devant un officier de police judiciaire, ce droit de capture nouveau serait exercé non plus d'une façon arbitraire, mais dans le cadre des dispositions légales et il donnerait lieu à des sanctions effectives, s'il était outrepassé. Les gendarmes seraient alors munis des pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions et l'utilisation de ces pouvoirs légaux ne constituerait plus, à l'inverse de ce qui se passe aujourd'hui, une intolérable et constante menace pour la liberté individuelle.

§ 2. — ARRESTATIONS ADMINISTRATIVES

Un peuple n'est pas vraiment libre quand un citoyen peut être arrêté ou détenu sans l'intervention du pouvoir judiciaire. L'autorité judiciaire devrait seule avoir qualité pour porter atteinte à la liberté des citoyens. Aussi le pouvoir, reconnu à certains fonctionnaires administratifs par quelques lois encore en vigueur, de priver des citoyens de leur liberté, constitue-t-il, en raison de la dépendance de

ces fonctionnaires vis-à-vis du pouvoir exécutif, d'abord une lourde atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, ensuite un grave danger pour la liberté individuelle.

1° Les pouvoirs des Préfets

Le fameux article 10 du Code d'instruction criminelle, conférant au préfet à la fois les attributions de police judiciaire du Procureur de la République et du juge d'instruction, avait été personnellement imposé aux rédacteurs du Code par Napoléon lui-même. L'Empereur tenait à ce que les préfets, ses représentants personnels dans les départements, les dociles exécuteurs de ses volontés impériales, aient tous les pouvoirs en dehors et au-dessus de la magistrature. Il leur reconnaissait donc le pouvoir de recevoir des plaintes, de procéder à des constats, de dresser des procès-verbaux, d'effectuer des perquisitions, des saisies, d'arrêter et de détenir qui bon leur semblait, même hors le cas de flagrant délit. Mais il prenait soin, tout en leur en conférant toutes les fonctions, de ne pas leur attribuer le titre d'officier de police judiciaire, de façon à les soustraire au contrôle des Procureurs généraux et à ne les rendre dépendants que du pouvoir central exécutif.

Ainsi, les préfets, sur des soupçons dont ils étaient seuls juges ou sur des ordres du Ministre de l'Intérieur, disposaient souverainement de la liberté individuelle. Il leur était possible de charger un individu d'une infraction imaginaire, afin de justifier une détention arbitrairement décidée dans un but politique. Comment un texte portant à un tel degré la marque indélébile de l'époque où il a été rédigé, a-t-il pu être maintenu en vigueur par tous les régimes libéraux postérieurs à la dictature impériale et survivre dans notre droit jusqu'à la loi du 7 février 1933? Ce phénomène s'explique par la force de la tradition d'abord, ensuite par la quantité de services que cet article avait rendus ou était un jour susceptible de rendre aux fonctionnaires administratifs et notamment aux préfets, qui s'en étaient faits en conséquence les défenseurs vigi-

lants au cours des vives controverses et ardentes polémiques auxquelles son existence avait donné lieu (13).

En matière politique, l'article 10 a été mis en œuvre à Paris et en province par tous les gouvernements. Il a notamment permis au Préfet de Police à Paris, par suite d'un véritable détournement de pouvoirs, d'arrêter à titre préventif la veille des manifestations politiques susceptibles de troubler l'ordre public, tous les individus qui devaient y jouer un rôle actif. Il aurait été en état de couvrir en période de troubles graves toutes les mesures arbitraires et attentatoires à la liberté individuelle auxquelles un gouvernement, désireux de défendre par tous les moyens son autorité, aurait jugé bon de recourir.

En matière de crimes et délits de droit commun, l'article 10 n'était plus, il est vrai, employé par les préfets des départements. Le Préfet de Police à Paris en faisait au contraire usage, chaque fois que la nature ou les circonstances du délit exigeaient une action très prompte, notamment en matière de fausse monnaie, maisons de jeux, ventes de denrées alimentaires avariées, fraudes. En réalité, cette prétendue impuissance de la justice à poursuivre certains délits spéciaux n'était qu'un prétexte: Supposons qu'un délit ait été commis sans flagrance. Les soupçons d'agents subalternes se portaient sur un individu. A qui ceux-ci devaient-ils demander le mandat nécessaire pour l'arrêter? Au Préfet de Police? Pourquoi pas au juge d'instruction? Le mandat pouvait être délivré presque aussi rapidement au Palais qu'à la Préfecture, s'il y avait vraiment urgence.

Au surplus, même si les poursuites étaient parfois facilitées par l'emploi de l'article 10, elles étaient plus souvent encore entravées par cette fâcheuse dualité d'attributions et par les conflits fréquents qui surgissaient entre les deux Parquets, celui du Procureur de la République et celui du Préfet de Police.

(13) Voir notamment la discussion sur les garanties de la liberté individuelle et la polémique qui s'est engagée autour de l'article 10, dans la *Revue pénit.*, 1901, p. 192 et s., 215 et s., 442 et s., 636 et s., 678 et s. Opinions de MM. LARNAUDE, GARÇON, BERTHÉLEMY, PUIBARAUD, JOLLY, PICOT, etc...

Aussi, la loi du 7 février 1933 se décida-t-elle enfin, à juste titre, nous semble-t-il, à abroger purement et simplement l'article 10 du Code d'instruction criminelle.

Mais le pouvoir exécutif n'avait pas renoncé sans regret à ce puissant moyen d'investigation. La nouvelle réforme instituée par la loi du 25 mars 1935 allait faire renaître l'article 10 de ses cendres, un article 10 mutilé sans doute, alourdi de garanties nouvelles, mais demeurant une arme dangereuse entre les mains du Gouvernement.

Les préfets, sous l'empire de la nouvelle rédaction, ne bénéficient plus de pouvoirs exceptionnels de police judiciaire que dans les hypothèses de crimes et délits contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat. Encore ces pouvoirs ne leur sont-ils conférés que s'il y a urgence et à charge de transmettre la procédure dans les vingt-quatre heures au Procureur de la République. Même dans cette mesure restreinte, l'article 10 demeure injustifiable et injustifié. Relevons d'abord le caractère vague et incertain de la condition d'urgence à laquelle le texte subordonne l'exercice par le préfet de son droit de poursuivre. Pourquoi surtout abroger les pouvoirs du préfet en matière de délit de droit commun et les laisser subsister dans les hypothèses de délits politiques? C'est pourtant en matière politique que les garanties sont spécialement nécessaires, parce que l'histoire enseigne éloquentement que c'est presque toujours pour des fins politiques que les gouvernants sont tentés de violer la liberté des citoyens.

2° La survivance de certaines arrestations administratives

Notre droit connaît encore quelques cas d'arrestations purement administratives effectuées en dehors de toute infraction délictuelle et à l'exclusion de toute intervention de l'autorité judiciaire.

L'Administration se prétend notamment encore armée de certains droits contre les filles publiques. Elle invoque à leur encontre deux ordonnances datant des 20 avril 1684 et 26 juillet 1713 jamais abrogées et qui autorisaient la

police à opérer la réclusion des filles publiques sans jugement et à titre disciplinaire, en cas d'inobservation des règles qui leur étaient imposées. Mais sous l'ancien Régime, ce droit d'arrestation administrative était fondé sur ce que la prostitution y avait le caractère d'un délit, caractère qu'elle a perdu dans notre législation. Aussi une telle pratique doit-elle être considérée comme illégale. Si les anciens textes précités n'ont pas été expressément abrogés, ils le sont implicitement, puisqu'un des principes de notre législation moderne est que le droit de punir n'appartient qu'aux tribunaux ordinaires : les femmes même inscrites ne sauraient être placées en dehors du droit commun et privées des garanties essentielles accordées à tous les citoyens, sans distinction de sexe ni de moralité. L'action de l'autorité administrative devrait se limiter à une surveillance discrète de la conduite des filles publiques, afin de les dénoncer à la Justice, si elles se rendent coupables de quelque délit ou contravention caractérisés.

Certaines lois de la période intermédiaire et du premier Empire donnaient aussi à l'Administration le droit d'arrêter les mendiants et de les conduire sans jugement dans les dépôts de mendicité (14). L'article 274 du code pénal, ayant érigé la mendicité en un délit, leur a par le fait même accordé la protection de droit commun. L'Administration se reconnaît cependant encore le droit de faire conduire le mendiant à l'expiration de sa peine dans un dépôt de mendicité et de l'y retenir pendant un temps arbitrairement déterminé.

Les lois des 28 mars 1792 et 10 vendémiaire an IV, confirmées par l'ordonnance du 20 octobre 1820 et le décret du 3 mars 1854, décidaient que la gendarmerie devrait arrêter les individus voyageant sans passeport, à la charge de les conduire sur le champ devant le maire de la commune. Si le voyageur ne justifiait pas dans un délai de vingt jours de son inscription sur les registres d'une commune, il était réputé vagabond et pouvait être traduit

(14) Loi du 22 décembre 1789, décrets des 30 mai et 12 août 1790, loi du 24 ventôse an II, loi du 7 frimaire an V, article 11, et décret du 5 juillet 1808.

devant le tribunal correctionnel. L'article 165 du décret du 20 mai 1903 prescrit à nouveau aux gendarmes de s'assurer de la personne de tout individu circulant sans pièce d'identité, mais il faut naturellement admettre que le maire ne peut plus retenir le voyageur pendant vingt jours, comme l'y autorisait la loi du 10 vendémiaire an IV, mais doit, immédiatement après avoir constaté son identité, le relâcher, sous peine d'attenter gravement à la liberté individuelle.

Les étrangers peuvent, aux termes de l'article 7 de la loi du 3 décembre 1849, être expulsés du territoire français par simple mesure de police, mais il va sans dire que toute arrestation dans un autre but ou toute détention prolongée constituerait une mesure arbitraire.

Enfin, il faut faire mention du redoutable pouvoir que la loi du 30 juin 1838 confère aux préfets, en les autorisant à ordonner d'office, sans intervention préalable du pouvoir judiciaire, le placement dans un établissement d'aliénés de toute personne interdite ou non, dont l'aliénation mentale pourrait compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes (art. 18). Quelques exemples célèbres de séquestrations, parfois involontaires, mais souvent prolongées, de personnes jouissant de la plénitude de leurs facultés mentales ont attiré l'attention de l'opinion publique sur la nécessité de limiter les pouvoirs préfectoraux ou tout au moins de soumettre à un contrôle médical et judiciaire effectifs les mesures d'internement qu'ils prennent.



Il est juste de noter que l'Administration elle-même tend à présent à percevoir le caractère exorbitant des droits que d'anciens textes lui reconnaissent et à n'en faire qu'un usage de plus en plus timide et inoffensif. Mais il ne faut pas qu'il puisse être dit que certaines catégories de citoyens ne jouissent pas encore à l'heure actuelle de la protection de droit commun et peuvent être légalement arrêtés et détenus par une autorité administrative, sans avoir commis de délit et sans être traduits devant un tri-

bunal. Les arrestations administratives font figure dans notre droit moderne de choquant anachronisme. Cet anachronisme, il importe de le faire cesser sans tarder.

§ 3. — ARRESTATIONS PAR LES PARTICULIERS

L'article 106 du code d'inscr. crim. confère à titre exceptionnel aux particuliers le droit d'arrêter un individu surpris en flagrant délit. Ce droit ayant la même portée et s'exerçant dans les mêmes conditions que celui dont sont titulaires en semblables hypothèses les agents dépositaires de la force publique, il nous paraît inutile de revenir sur ce que nous avons dit à ce sujet au début de ce chapitre..

Cependant il importe de souligner que l'extension jurisprudentielle de la notion de flagrant délit, déjà peu justifiable lorsqu'elle s'opère au profit des agents de la police judiciaire, ouvre aux simples particuliers des droits sur la personne d'autrui exorbitants et absolument contraires à l'esprit de la loi. Il est évidemment rationnel d'accorder à une personne quelconque, qui en surprend une autre en train de commettre un délit, la faculté de se substituer aux représentants de l'autorité publique momentanément défailante et de procéder elle-même à l'arrestation du délinquant. Mais c'en serait fait de la liberté individuelle, si l'on reconnaissait à toute personne le droit d'appréhender un individu suspect à tort ou à raison d'avoir commis une infraction.

La Jurisprudence se garde bien à juste titre de sanctionner une pareille thèse susceptible d'ouvrir le champ à tous les abus. Mais comme le droit d'arrestation en cas de flagrant délit est reconnu par le même texte et sans aucune distinction ou condition spéciale aux agents dépositaires de la force publique et aux particuliers, on est en droit de se demander sur quel fondement la Jurisprudence donne à cette notion de flagrant délit un sens si démesurément large dans le premier cas et le restreint autant qu'il se peut dans le deuxième. Il y a dans cette dualité d'interprétation du même texte un argument de plus en faveur de l'urgente nécessité d'une réforme législative.

SECTION II

La détention préventive

Le principe même de la détention préventive a fait l'objet de vives controverses. Nous estimons pour notre part que le respect de la liberté individuelle exige avant tout le maintien de l'ordre et que la première condition de l'ordre, c'est la poursuite et la répression énergique des crimes. Pour favoriser la recherche des preuves et la démonstration des culpabilités, il faut accorder au juge d'instruction des moyens puissants d'investigation. Pour préserver la société contre les dangers que présenterait pour elle la liberté de certains malfaiteurs avant leur comparution devant le tribunal, il faut prendre à leur égard des mesures de sûreté. Pour s'assurer qu'ils exécuteront la peine à laquelle ils seront ultérieurement condamnés, il faut les empêcher de prendre la fuite avant la prononciation du jugement. La détention préventive, à la fois moyen d'instruction, mesure de sûreté et garantie de l'exécution de la peine, répond à tous ces desiderata. On ne peut songer à la supprimer.

Il n'en reste pas moins que cette mesure porte un coup plus grave encore que l'arrestation aux intérêts pécuniaires et moraux de la personne qui en fait l'objet. Ses répercussions sur la fortune et sur la réputation de cette dernière peuvent être immenses et tragiques. Le public n'établit pas, en effet, de différence essentielle entre la détention préventive de l'inculpé et l'emprisonnement du condamné. Un individu qui passe préventivement quelques semaines ou quelques mois en prison sous le coup d'une inculpation pour infraction de droit commun peut être à jamais déconsidéré auprès des personnes qui étaient auparavant en relations d'affaires ou mondaines avec lui.

C'est donc plus encore qu'en matière d'arrestation le cas de répéter que la sauvegarde de la liberté individuelle est au prix de garanties légales très précises et très étroites contre des abus faciles et toujours à craindre. Ces garan-

ties légales ne seront efficaces et suffisantes que si elles sont en mesure de mettre obstacle à toute détention préventive non impérieusement commandée par l'un au moins des trois motifs qui en justifient l'emploi.

Or, avant la loi du 7 février 1933, il n'est que trop certain que l'inculpé ne jouissait d'aucune garantie effective sérieuse contre une détention préventive arbitraire ou injustifiée. Sans doute, il appartenait, sauf dans quelques cas exceptionnels (15), et il appartient toujours au juge d'instruction seul, c'est-à-dire à un magistrat très qualifié par son expérience et son impartialité, de délivrer des mandats de dépôt ou d'arrêt plaçant un individu en état de détention préventive. Mais si le juge n'avait pas une très haute conscience de sa mission et n'était pas pénétré du sentiment de ses responsabilités morales, il lui était en droit et en fait possible de placer sur de vagues soupçons de culpabilité un individu sous mandat de dépôt, de laisser séjourner le dossier pendant des mois dans un carton, puis de s'apercevoir, quand il le rouvrait et l'étudiait sérieusement, que ses soupçons n'étaient pas fondés. Il ne lui restait plus alors qu'à rédiger une ordonnance de non-lieu et à rendre ainsi au prisonnier préventif une liberté que ce dernier n'eût jamais dû perdre un seul instant (16).

Mais ces dangereuses facilités sont du domaine du passé. Trente ans de discussions et de controverses, le dépôt sur le bureau de la Chambre d'un nombre considérable de propositions et de projets de lois (17) aboutirent le

(15) La détention préventive peut en outre être subie en exécution soit des mandats de dépôt du Procureur de la République en cas de flagrant délit, soit des mandats de dépôt ou d'arrêt décernés par le Tribunal correctionnel ou la Cour dans les cas prévus par les articles 193 et 214 du Code d'instr. crim., soit encore des ordonnances de prise de corps décernées par la Chambre des Mises en accusation.

(16) Citons notamment, à titre d'exemple, le cas de M. Paul Meunier et de M^{me} Bernani de Ravisi inculpés d'espionnage et remis en liberté par une ordonnance de non-lieu de la Chambre des mises en accusation, le 22 février 1922, après vingt-huit mois de détention préventive.

(17) Voir notamment : Proposition MONIS, janvier 1904 — Proposition CLÉMENTEAU, décembre 1904 — Projet de loi du 18 juillet 1907, réunissant les deux propositions précédentes (*J.O., Sénat*, 1908, doc. annexes, n° 119) — Proposition MEUNIER, novembre 1918 (*J.O., Ch. des Dép.*, 1918, doc. annexes, n° 5213).

7 février 1933 au vote d'une loi apte, au gré de ses auteurs, à interdire à l'avenir toute détention préventive abusive.

En pratique, cette loi, sous prétexte d'assurer des garanties aux inculpés, compliqua tellement la tâche des juges d'instruction et les procédures nouvelles qu'elle institua allongèrent dans une telle mesure la durée de l'instruction préparatoire et de la détention préventive qu'il fallût faire marche arrière et voter dans un esprit de simplification et d'allègement la loi du 25 mars 1935.

Il ne rentre pas dans le cadre de cette étude d'examiner la réforme de l'instruction criminelle et de la détention préventive, telle qu'elle résulte des lois de 1933 et 1935 (18). Mais il importe au moins de constater sommairement que si cette réforme met les particuliers à l'abri de certains des plus graves abus que le régime antérieur favorisait, elle se révèle encore bien incomplète et insuffisante. Elle alourdit notablement la tâche du juge d'instruction, elle le soumet, parfois sans aucun profit pour personne, à un certain nombre de formalités longues, compliquées et fastidieuses, mais elle n'empêche radicalement, ni des maintiens injustifiés en état de détention préventive, ni les scandaleuses indiscretions auxquelles les opérations d'instruction donnent trop souvent lieu.

L'exemple fourni par une récente et retentissante affaire judiciaire close par l'acquiescement en Cour d'Assises, et après deux ans de détention préventive, de certains des accusés suffirait à établir, s'il subsistait quelques doutes à cet égard, combien la réforme nouvelle répond mal aux espoirs que ses auteurs avaient placés en elle.

(18) Voir notamment sur la loi du 7 février 1933, ODET DENYS : Les garanties de la liberté individuelle, analyse et commentaire de la loi du 7 février 1933. — MAURICE GABOLDE : Commentaire de la loi du 7 février 1933 sur la liberté individuelle. — GOYET : Les lois nouvelles, 1933, 1^{er} mai, 15 mai, 1^{er} juin — ANCELY : *Revue pénit.*, 1933, p. 96 et 170. — BRUN : Etude de la loi du 7 février 1933, *Semaine juridique*, 1933, p. 829 à 838. — Paul ARMAND : La loi du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle, thèse Lyon, 1934 — Bertrand DANIEL : La liberté provisoire et la loi du 7 février 1933, thèse Paris, 1934.

Nous sommes ainsi amenés à conclure que notre système légal en matière d'arrestation et de détention préventive ne constitue guère, selon l'expression de M. GARRAUD, qu'un « paravent » à l'abri duquel peuvent se dissimuler beaucoup de mesures attentatoires à la liberté individuelle.

Le simple citoyen puise-t-il au moins dans certaines dispositions légales la possibilité de défendre sa liberté menacée ou de la recouvrer, s'il en a été indûment privé par une autorité judiciaire? Cette dernière sera-t-elle alors traduite devant un tribunal répressif et frappée de sanctions pénales? Enfin, l'individu injustement arrêté ou détenu pourra-t-il lors de son relâchement obtenir réparation du préjudice matériel et moral qu'il aura injustement subi? Telles sont les trois questions auxquelles nous allons nous essayer à répondre au cours des trois premières parties de ce travail, consacrées respectivement à l'étude des mesures préventives destinées à empêcher ou à faire cesser les arrestations ou détentions sans fondement, des mesures répressives destinées à punir leurs auteurs et des mesures réparatrices destinées à dédommager leurs victimes. Nous examinerons sommairement dans une quatrième partie les solutions fournies sur ce problème par quelques législations étrangères. Nous résumerons et regrouperons dans un dernier chapitre les critiques que les lacunes de notre système législatif actuel nous auront incités à lui adresser et les propositions de réforme qu'elles nous auront suggérées.

Ces propositions seront toutes fondées sur une distinction à notre avis primordiale à établir entre les arrestations ou détentions arbitraires, illégales et injustifiées. Les actes arbitraires sont les actes accomplis ou non sous le couvert apparent de la légalité, mais inspirés à leur auteur par une pensée de malveillance pure et l'intention de nuire. Les actes illégaux sont ceux qui sont commis en dehors des cas, sans les formes ou au delà des délais prescrits par la loi. Quant aux actes injustifiés, ce sont des actes léga-

lement accomplis, mais dont les circonstances ne justifiaient pas l'emploi et qui supposent donc de la part de leur auteur une faute non intentionnelle de négligence, d'imprudence ou d'ignorance grave.

Nous aurons l'occasion de revenir plus longuement au cours de cette étude sur l'étendue et la portée exacte de cette distinction essentielle. Mais il importait d'en préciser dès à présent le sens. Il est clair, en effet, que les garanties et les sanctions ne doivent pas être de même nature ni revêtir la même vigueur, selon qu'il s'agit de prévenir, de réparer ou de réprimer des arrestations et détentions arbitraires, illégales ou injustifiées. Pour avoir méconnu cette distinction fondamentale, notre droit n'est parvenu qu'à ébaucher un système de garanties et de sanctions rigides, incomplètes et le plus souvent illusoires.

PREMIÈRE PARTIE

Les mesures préventives de protection de la liberté individuelle

Une législation soucieuse d'assurer à la liberté individuelle une protection effective sérieuse ne doit pas seulement sanctionner civilement et pénalement après leur exécution les actes qui y portent atteinte; elle doit avant tout les empêcher de se produire; elle doit par conséquent fournir aux citoyens, dès le moment où ils sont menacés d'être indûment privés de leur liberté ou viennent d'en être dépouillés, les moyens juridiques propres à faire constater le caractère arbitraire, illégal ou erroné de la mesure qui les frappe et à obtenir au plus tôt leur relâchement.

Ces garanties préventives à l'arrestation et à la détention existent-elles dans notre droit? C'est la question à l'étude de laquelle seront consacrés les deux chapitres de cette première partie.

CHAPITRE PREMIER

MOYEN DESTINÉ A PRÉVENIR LES ARRESTATIONS LA RÉSISTANCE A L'ARRESTATION ILLÉGALE OU ARBITRAIRE

Supposons qu'un agent de la force publique appréhende un individu, hors le cas de flagrant délit, sans pouvoir lui présenter de mandat ou en vertu d'un mandat irrégulier en la forme ou délivré par une autorité judiciaire incompétente. Faut-il admettre que la personne qui fait l'objet de cette mesure coercitive manifestement illégale doit se laisser arrêter sans protestation, quitte à poursuivre une réparation aléatoire quand l'illégalité aura été officiellement constatée, parfois après plusieurs jours de détention, ou bien faut-il au contraire lui reconnaître la faculté de se soustraire, dès le moment où l'ordre illégal lui est notifié et au besoin par la force, à son exécution ?

Cette question de la résistance aux ordres illégaux des fonctionnaires et agents de la force publique a fait l'objet, au cours du XIX^e siècle, de vives controverses. La Jurisprudence paraît sans doute avoir adopté sur ce sujet un parti définitif. Encore convient-il de rechercher si la solution jurisprudentielle n'est pas en désaccord avec les textes légaux ou tout au moins avec certaines opinions doctrinales et si elle ne prive pas délibérément les citoyens de tout moyen propre à prévenir les arrestations illégales ou arbitraires dont ils peuvent être un jour les victimes.

SECTION I

La solution jurisprudentielle

Il paraît intéressant de rappeler que le droit romain, pourtant si autoritaire, consacrait formellement le droit de résistance aux agents de la force publique, quand ils excédaient leurs pouvoirs (1). Notre ancien Droit avait adopté une solution semblable (2). La Constituante de 1791 ne punissait la violence et les voies de fait comme rébellion qu'autant qu'elles étaient opposées à un agent de la force publique « agissant légalement dans l'exercice de ses fonctions ». Et l'article 11 de la Constitution du 24 mai 1793 spécifiait même : « Tout acte exercé contre un homme hors les cas et sans les formes que la loi détermine est arbitraire et tyrannique : celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force ». Nos traditions historiques sont donc nettement favorables à la légitimité de la résistance à l'ordre illégal.

Le Code pénal de 1810 paraît bien n'avoir tranché la question ni dans un sens ni dans un autre. Il crée bien, dans l'article 209, le crime et le délit de rébellion. Mais cette infraction n'est, aux termes de cet article, constituée qu'au cas de résistance avec violence ou voies de fait aux officiers ou agents de la police administrative ou judiciaire « agissant pour l'exécution des lois, des ordres ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de justice ou jugements ». Il semble qu'on puisse en déduire, par un raisonnement *a contrario*, qu'il n'y a plus rébellion quand

(1) C. : Livre X, titre I, *De Jure fisci*, 5 : « *ut etiamsi officiales ausi fuerint a tenore datae legis desistere ipsis privatis resistentibus, a facienda injuria arceantur* ».

(2) Voir notamment JOUSSE : « Il y a quelques cas où il est permis à celui que l'on veut emprisonner de faire résistance et cela a lieu principalement lorsque celui qui veut arrêter est sans caractère ou lorsque, ayant caractère, il n'a point les marques de son ministère, ou bien lorsqu'il est porteur d'un mandement ou décret d'un juge sans caractère ou lorsqu'il a excédé son pouvoir ou qu'il n'a point observé les formes de justice. En effet, cette résistance est plutôt une défense légitime qu'une rébellion. Ainsi il est permis à celui qu'on veut arrêter injustement, non seulement de résister, mais encore d'appeler ses amis et ses voisins à son secours pour l'aider à se défendre ». (Traité de la Justice criminelle, t. IV, p. 79).

les agents n'agissent plus pour l'exécution des lois ou conformément à ces lois, notamment quand ils prétendent arrêter un individu sans respecter les conditions de forme ou de fond auxquelles la loi subordonne le droit d'arrestation. Le délit de rébellion suppose l'intention, de la part de son auteur, de s'opposer à l'exécution d'une loi ou d'un ordre de l'autorité. Or, celui qui résiste à un acte arbitraire ne s'efforce pas d'empêcher l'exécution de la loi, puisque sa résistance résulte précisément du fait que la loi est violée. En outre, l'emploi de la violence est un élément essentiel du délit. La résistance sans violence ne peut être qualifiée de rébellion.

Aussi la Cour de Cassation a-t-elle paru d'abord reconnaître implicitement la légalité de la résistance à un ordre illégal. Elle avait notamment jugé dans une première espèce, en 1812, que les violences exercées envers des gendarmes constituaient bien une rébellion armée, alors que ces violences avaient été commises « dans un temps et dans un lieu où la gendarmerie agissait légalement dans l'exercice de ses fonctions » (3). On pouvait conclure des termes de cet arrêt que la Cour suprême consacrait le principe du droit à résistance, lorsque l'acte était illégal.

Mais la Cour de Cassation n'a pas tardé à adopter clairement l'opinion selon laquelle le délit de rébellion est indépendant de la légalité de l'acte. Un arrêt du 22 août 1867 précise très nettement « que les particuliers n'ont pas le droit de se constituer juges des fonctionnaires publics, à l'effet de s'autoriser à résister avec violence et voies de fait à l'exécution des actes de l'autorité publique, que l'irrégularité de l'opération pouvait seulement motiver une prise à partie ou poursuite contre son auteur » (4). Un autre arrêt confirmant cette jurisprudence spécifie également « que l'illégalité de l'injonction reçue des agents de l'autorité ne saurait à aucun titre excuser la résistance avec voies

(3) C. Cassation, 16 avril 1812, *Bull. cass. crim.*, n° 93.

(4) C. Cass., 22 août 1867, *D.* 1868-1-286. Il s'agissait pourtant en l'espèce d'un commissaire de police qui avait commis dans l'exécution de ses fonctions un véritable abus de pouvoir.

de fait et violence et enlever à cette résistance le caractère et la qualification légale de rébellion » (5). Ainsi, selon la Cour de Cassation, la personne illégalement arrêtée par un agent de la force publique ne peut s'opposer par la force à l'exécution de l'ordre, sans encourir les sanctions pénales attachées par l'article 209 au délit de rébellion.

Il est juste de noter que plusieurs cours d'appel n'adoptèrent pas sans résistance la doctrine de la Cour suprême. La Cour de Toulouse avait déjà jugé, le 23 février 1826, qu'un conscrit pouvait légitimement résister aux gendarmes qui s'étaient introduits la nuit dans sa maison pour l'arrêter. Le Tribunal de Bougie décidait plus récemment que la résistance envers les agents ou officiers de police administrative ou judiciaire ne constitue pas le délit de rébellion, si elle tend à repousser l'exécution d'un acte irrégulier ou illégal (6). Les Cours et Tribunaux ont d'ailleurs fini par se ranger à l'opinion de la Cour de Cassation et il ne paraît plus y avoir à présent aucune divergence en jurisprudence sur l'interprétation de l'article 209 du Code pénal (7).

(5) C. Cass., 17 avril 1891, *Bull. crim.*, 1891, n° 91. — Voir aussi : C. Cass., 5 janvier 1821, *S.* 1821-1-123, 3 septembre 1823, *D.* 1824-1-403, 15 juillet 1826, *Bull. crim.*, 1826, n° 140, 26 décembre 1839, *S.* 1840-1-547, 29 février 1884, *Bull. crim.*, 1884, n° 60.

(6) Voir Trib. Bougie, 7 décembre 1886, *Revue algérienne*, 1887, p. 77. Voir dans le même sens, Cour d'Agen, 5 mars 1823, *Journ. du Palais*, t. 17, p. 1143; Cour Lyon, 10 juin 1824, *Journ. du Palais*, t. 18, p. 782; Cour Nîmes, 21 novembre 1826, *Journ. du Palais*, t. 20, p. 951; Cour Limoges, 14 décembre 1826, *Journ. du Palais*, t. 20, p. 1036. Voir aussi les intéressants motifs d'un jugement du Tribunal correctionnel de Nancy en date du 12 novembre 1880 : « Attendu enfin qu'il serait non moins faux de prétendre que le devoir du citoyen est d'obéir passivement à l'agent de l'autorité, sauf à se pourvoir ultérieurement, soit par la voie de la prise-à-partie, soit par des poursuites contre les fonctionnaires qui auraient donné des ordres illégaux; que d'abord il pourrait se présenter des cas où ce recours serait dérisoire; qu'ensuite les fonctionnaires attaqués pourraient se retrancher et se retrancheraient certainement, soit derrière le parag. 2 de l'art. 114 C. pén., soit derrière les art. 483 et 484 C. instr. crim., soit derrière l'art 6 de la Constitution du 25 février 1875; qu'une pareille théorie, source possible de perpétuels dénis de justice, aboutirait à sacrifier despotiquement partout et toujours les droits du citoyen au respect de l'autorité; qu'elle est inacceptable dans un pays libre où il est de principe que le citoyen n'est point fait pour le pouvoir ni le pouvoir pour le citoyen, mais où l'un et l'autre sont faits pour que la société soit possible ».

(7) Voir notamment Cour Paris, 20 janvier 1881, *S.* 1882-2-10.

SECTION II

Les positions doctrinales

Mais si la Jurisprudence est aujourd'hui fixée, la variété des positions doctrinales en la matière démontre bien l'extrême difficulté du problème et sa grande importance pratique.

Certains auteurs, parmi lesquels on peut citer MM. SERRIGNY, BERTAULD, BLANCHE et FAVARD DE LANGLADE (8), approuvant la solution jurisprudentielle, n'admettent dans aucune hypothèse le droit pour un particulier de s'opposer à l'exécution d'un ordre qui lui est notifié par un fonctionnaire ou un agent de la force publique. Ils considèrent que la faculté d'y résister serait dangereuse pour la sécurité publique, qu'elle constituerait la négation de la primauté du pouvoir social et un appel à la force brutale substituée à l'autorité de la loi. Ils estiment au surplus que l'article 209 ne subordonne pas l'existence du délit de rébellion à la légalité de l'acte de l'officier public et à la régularité du procédé d'exécution mis en œuvre. Dès lors qu'un citoyen résiste par la force à l'agent de la police judiciaire qui procède illégalement à son arrestation, il est coupable de rébellion et passible des sanctions de l'article 209.

Cette opinion doit à notre avis être énergiquement combattue et repoussée. Elle est de nature à couvrir les plus graves atteintes à la liberté individuelle et à faciliter des abus de pouvoir que leurs auteurs s'empresseraient après coup de qualifier de simples erreurs. La société n'est pas mise en péril parce que la loi pose les limites du pouvoir social et cesse de protéger ses représentants, lorsqu'ils les dépassent en se livrant à des actes arbitraires. Le droit et l'abus ne doivent pas être assortis de la même protection. L'ordre public n'est pas intéressé à soutenir les abus des agents du pouvoir. Ces derniers sont indignes de la protec-

(8) SERRIGNY: Droit public des Français, t. I, p. 465. — BERTAULD: Cours de Droit pénal. — BLANCHE: Etudes pratiques sur le Code pénal, t. 4, n° 46. — FAVARD DE LANGLADE: Répertoire de Législation, V° Rébellion, n° 6.

tion de la loi, quand ils agissent au mépris de ses prescriptions.

Il convient au surplus de remarquer que le citoyen qui refuse de se laisser arrêter arbitrairement, loin de s'insurger par la violence contre l'ordre légal et les autorités constituées, défend au contraire le droit contre la force représentée par le fonctionnaire qui abuse de ses pouvoirs. Le citoyen, qui résiste à l'ordre illégal, ne s'oppose pas à l'exécution, mais à la violation de la loi. Il ne se rend pas justice à lui-même. Il se contente de repousser provisoirement, par la force au besoin, un acte qu'il estime illégal et dont l'exécution pourrait lui causer un préjudice irréparable : ce sera au magistrat à se prononcer ensuite sur la question de savoir si cette résistance était légitime ou non. Ainsi, ce qui est subversif de tout ordre public, matériel ou moral, ce n'est pas de résister à l'exécution des actes illégaux, comme l'affirme la Cour suprême, c'est au contraire de prêcher l'obéissance absolue et la soumission passive à des mesures arbitraires violant les principes publics et les textes légaux.

SECTION III

La réforme proposée

Ce n'est pas à dire qu'il faille adopter la solution adverse qui proclame l'impunité absolue et générale de la résistance opposée par des particuliers à tous les actes illégaux. Cette théorie avait été soutenue par Odilon BARROT dans un célèbre procès de presse où Armand CARREL était poursuivi pour avoir conseillé la résistance à l'autorité en cas d'arrestation arbitraire (9). En présence des dangers et des abus redoutables auxquels son application pourrait donner lieu, cette thèse ne groupe plus guère aujourd'hui de partisans convaincus (10).

Mais il y a entre ces deux théories extrêmes, celle de l'obéissance passive et celle du droit absolu de résistance,

(9) C. Ass. Seine, 13 mars 1832, S. 1832-2-178.

(10) Voir cependant P. GUILLEMON : *De la Rébellion et de la Résistance aux Actes illégaux*, th. Bordeaux, 1921.

place pour une solution intermédiaire conforme à la fois aux droits individuels et aux nécessités sociales. Il faut nécessairement admettre à titre de prémisses que les fonctionnaires et agents de l'autorité publique chargés d'assurer le maintien de l'ordre sont présumés n'exercer leur mission sociale et leurs fonctions professionnelles qu'en conformité des lois. Il en résulte que les particuliers doivent en principe obéissance et soumission aux ordres de ces agents.

Mais cette présomption de légalité cesse, dès lors que l'agent se rend coupable d'un excès de pouvoir manifeste ou de la violation flagrante d'un droit. Ainsi en est-il si la personne qui veut procéder à une arrestation, hors le cas de flagrant délit, n'a pas la qualité d'agent de la force publique, ou si elle ne peut présenter aucun ordre d'arrestation à l'individu qu'elle veut appréhender, ou encore si le mandat exhibé manque des conditions essentielles à sa validité, s'il n'émane pas par exemple d'une autorité compétente ou ne porte pas la désignation de l'inculpé, enfin si le fait qui motive l'arrestation n'est pas puni par les lois. Dans tous ces cas, l'illégalité est facile à constater et elle est susceptible de léser gravement la personne qui en est la victime. Il faudrait donc autoriser cette dernière à résister aux injonctions de l'agent et la soustraire à l'application de l'article 209, à charge pour elle de prouver le caractère illégal ou arbitraire de ces injonctions. L'effet moral produit par le recours à la résistance est certainement bien moins préjudiciable dans ce cas à l'ordre public que ne le serait le scandale causé par l'arrestation elle-même.

Il ne doit jamais y avoir rébellion dans le fait de résister à un agent agissant hors de la sphère de ses fonctions ou sans délégation de la loi ni mandat de justice. Le fonctionnaire, qui a abusé de ses pouvoirs, ne doit plus pouvoir prétendre au bénéfice de la protection spéciale de l'article 209, puisqu'il a commis un pur acte de force matérielle. Si l'individu, victime de ses agissements arbitraires, a usé à son encontre de violences graves et inutiles, il doit être inculpé

d'un délit contre les personnes (par exemple, de coups et blessures ou de meurtre) et non d'un délit contre l'autorité (11).

Mais que décider si le fonctionnaire veut mettre à exécution dans la sphère de ses attributions un mandat délivré par une autorité compétente, au cas où une irrégularité est seulement commise, soit dans le titre même en vertu duquel procède l'officier public, soit dans l'exécution de ce titre?

On a proposé, pour résoudre la difficulté, de multiples solutions. Certains auteurs ont suggéré d'accorder ou de refuser à la victime le droit de résistance selon le plus ou moins de réparabilité de l'acte d'exécution (12). Mais le critère permettant de séparer les illégalités réparables des illégalités irréparables est encore à trouver. D'autres auteurs ont estimé qu'il fallait distinguer les illégalités supportables des illégalités insupportables (13). Il est aisé de répondre que toutes les illégalités sont insupportables, puisqu'elles constituent une violation de la loi. L'Etat ne supporte pas de violation de la loi de la part des gouvernés. Pourquoi ceux-ci en supporteraient-ils de la part des gouvernants?

Sans doute peut-il être dangereux de confier aux simples citoyens le droit d'apprécier la légitimité intrinsèque ou extrinsèque des mandats ou la régularité de leur mise à exécution. Aussi faut-il décider que si l'agent de l'autorité produit un titre et s'il est compétent pour le mettre à exécution, de simples irrégularités de forme ne justifient pas les violences éventuellement commises à son encontre. Mais on doit cependant à notre avis reconnaître au moins au particulier connaissant le caractère illégal du mandat ou de l'arrestation le droit de résister passivement aux injonctions de l'agent, en lui signalant l'irrégularité commise et en le mettant en garde contre les risques que ce dernier encourerait s'il passait outre à cet avertissement.

(11) Voir DUGUIT : *Traité de Droit constitutionnel*, 2^e éd., t. 2, p. 171 et 172. — GARRAUD : *Traité de Droit pénal*, t. 2, p. 34 et s.

(12) CHAUVEAU et HÉLIE : *Théorie du Code pénal*, t. 3, p. 86 et s.

(13) HÉROLD et JOZAN : *Manuel de la liberté individuelle*, p. 61.

Ce simple droit de résistance inerte suffirait dans bien des cas à éviter à la personne menacée d'être indûment privée de sa liberté la mise à exécution de l'arrestation et elle ne dépouillerait jamais les officiers publics de l'autorité dont ils sont légalement investis.

Telle est dans ses grandes lignes la solution à laquelle vont nos préférences. Nous ne méconnaissions pas les inconvénients résultant du droit conféré à chaque particulier de discuter les actes exécutoires contre lui, mais nous estimons que la protection effective de la liberté individuelle est au prix de l'octroi aux citoyens de ce moyen préventif de sauvegarde. Les termes du Code pénal ne nous paraissent d'ailleurs pas faire obstacle à la mise en œuvre immédiate de cette garantie préventive, mais la Jurisprudence s'est à présent si nettement engagée dans une voie opposée qu'il serait présomptueux d'escompter de sa part un prochain revirement d'interprétation.

Aussi estimons-nous très souhaitable le vote d'un texte législatif nouveau accordant expressément aux particuliers, illégalement appréhendés, le droit de résistance dans un certain nombre de cas bien délimités.

CHAPITRE II

MESURES DESTINÉES A PRÉVENIR OU INTERROMPRE LES DÉTENTIONS ILLÉGALES OU ARBITRAIRES

La Jurisprudence actuelle ne reconnaît donc à l'individu arbitrairement appréhendé aucun moyen de se soustraire à l'exécution de la mesure irrégulière dont il fait l'objet. La loi lui procure-t-elle au moins des garanties efficaces contre les risques d'une détention préventive illégale?

Il peut à première vue le paraître. Le Code d'instruction criminelle, la loi du 8 décembre 1897 et les lois de 1933 et 1935 semblent, en effet, avoir pris toutes dispositions utiles pour empêcher que l'arrestation et le dépôt provisoire de l'inculpé, en attendant sa comparution, ne dégénèrent en une détention arbitraire. Tout d'abord, la régularité du titre en vertu duquel l'arrestation a été opérée est dans un très bref délai soumise au contrôle du juge d'instruction, le Procureur de la République étant tenu, sous peine d'engager sa responsabilité personnelle, de relâcher l'inculpé immédiatement après l'expiration de ce délai, si ce contrôle n'a pas été effectué et s'il s'avère impossible d'y faire procéder.

Les conditions d'admission dans les maisons d'arrêt sont sévèrement réglementées et l'inobservation de l'une de ces conditions par le gardien-chef de la prison lui ferait encourir des sanctions pénales et civiles en rapport avec la gravité de sa faute.

Les magistrats, à qui aurait été donné connaissance d'une détention arbitraire, sont tenus d'intervenir et de faire mettre le détenu en liberté.

Enfin, la durée de validité des mandats de dépôt et d'arrêt est elle-même étroitement limitée et il demeure loisible à l'inculpé écroué d'introduire à tout moment au cours de sa détention préventive une demande de mise en liberté provisoire.

Le simple énoncé des multiples précautions à l'abri desquelles la loi a entendu placer la liberté individuelle au cours de l'instruction préparatoire semble ainsi au premier abord de nature à fournir aux esprits les plus inquiets et les plus exigeants toutes les garanties qu'ils peuvent réclamer. Nous devons malheureusement nous hâter d'ajouter qu'une étude plus précise de la portée pratique de ces diverses mesures de sécurité va nous obliger à déchanter quelque peu sur leur valeur réelle à titre de garantie préventive de la liberté individuelle.

SECTION I

L'interrogatoire immédiat de l'inculpé et le contrôle de l'observation de ce délai par le Procureur de la République

Au cas où un individu est arrêté en vertu d'un mandat du juge d'instruction, il importe au plus haut point qu'il soit mis dans un délai très court en présence du juge. S'il s'agit d'un mandat de comparution, le juge doit procéder immédiatement à l'acte en vue duquel le mandat a été décerné. S'il s'agit d'un mandat d'amener, l'article 93 du Code d'instruction criminelle, dans son ancienne rédaction, obligeait bien déjà le juge à interroger dans les vingt-quatre heures l'inculpé, mais d'une part, l'ancien texte omettait de fixer la date à partir de laquelle couraient les vingt-quatre heures et d'autre part, il ne s'inquiétait pas du sort de celui dont la détention pourrait malgré tout être illégalement prolongée au delà de ce délai.

La loi du 8 décembre 1897 a fait subir à l'ancien article 93 des modifications d'une extrême importance. Elle a d'abord expressément reconnu au mandat d'amener le

pouvoir d'ouvrir provisoirement à l'inculpé les portes de la maison de dépôt ou d'arrêt.

Cette première réforme légale ne constitue d'ailleurs que la régularisation d'une pratique antérieure. Avant 1897, l'inculpé, en attendant que le magistrat instructeur put l'interroger, ne pouvait être provisoirement déposé que dans un local spécial, dépôt ou chambre de sûreté de la mairie ou de la gendarmerie. En province, où parfois de tels locaux n'existaient pas et où ils n'offraient jamais en tous cas pour l'inculpé des garanties semblables à celle d'une détention régulièrement constatée et enregistrée, le Procureur de la République avait pris l'habitude de délivrer un ordre ou billet d'écrou provisoire sur le vu duquel le gardien-chef admettait l'inculpé à la maison d'arrêt. Mais cette pratique du billet d'écrou, qui avait fait l'objet de vives polémiques, ne constituait qu'un usage parfaitement illégal (1).

Depuis la loi de 1897 au contraire, les gardiens-chefs des maisons d'arrêt semblent tenus de procéder à un écrou régulier de l'individu placé sous mandat d'amener. C'est, en effet, à partir de l'entrée de l'inculpé dans la maison d'arrêt que court à présent le délai de vingt-quatre heures accordé au juge d'instruction pour procéder à son interrogatoire.

Enfin, désormais, le Procureur de la République a le devoir très strict de veiller à ce que cet interrogatoire s'effectue dans les délais légaux. En effet, à l'expiration de ce délai de vingt-quatre heures, il est impérativement prescrit au gardien-chef de la maison d'arrêt de conduire d'office l'inculpé devant le Procureur de la République. La loi de 1897 a ainsi confié au gardien-chef un rôle nouveau, car la conduite des détenus ne figurait pas auparavant dans ses attributions.

Il appartient alors au Procureur de la République, devant qui est amené l'inculpé, de requérir le juge de procéder

(1) L'emploi des billets d'écrou avait été recommandé aux Procureurs de la République par une circulaire du Ministre de l'Intérieur en date du 30 janvier 1892.

immédiatement à la première comparution. Si ce dernier refuse d'exercer ses fonctions, ce qui est évidemment exceptionnel, ou bien s'il est absent ou empêché, l'inculpé devra alors être interrogé sur réquisition du ministère public par le Président du Tribunal ou par le juge auquel celui-ci délègue cette tâche. Aucun délai n'est fixé par la loi pour cet interrogatoire du magistrat suppléant le juge d'instruction. Mais le temps qui s'écoule entre le moment où l'inculpé est amené devant le Procureur et celui où il est soumis à l'interrogatoire prévu ne peut pas être bien long, puisque le gardien-chef n'a plus le droit de le recevoir dans la maison d'arrêt : c'est donc nécessairement dans une chambre du Parquet qu'est placé l'inculpé en attendant cette comparution. Si celle-ci, pour une cause quelconque, s'avère impossible, le Procureur de la République doit obligatoirement et sans autre délai ordonner la mise en liberté immédiate de l'inculpé. Naturellement, il restera toujours au juge d'instruction, avisé de ce relâchement, la faculté de délivrer un nouveau mandat d'amener.

L'efficacité de ce système de garanties préventives ne se peut juger qu'à la valeur des sanctions dont seraient éventuellement passibles les autorités judiciaires qui ne respecteraient pas les obligations mises à leur charge par l'article 93. La loi de 1807 a prévu de multiples sanctions tant pénales et disciplinaires que civiles.

Le gardien-chef, qui maintiendrait plus de vingt-quatre heures dans sa maison d'arrêt un inculpé écroué sous mandat d'amener, sans le conduire devant le Procureur, serait reconnu coupable de détention arbitraire et puni à ce titre, par application de l'article 120 du Code pénal, de six mois à deux ans d'emprisonnement et de 16 à 200 francs d'amende. Il ferait naturellement aussi l'objet d'une grave sanction disciplinaire, telle qu'un déplacement ou une révocation.

Le Procureur de la République, outre d'inévitables sanctions disciplinaires, encourerait la peine de la dégradation civique prévue par l'article 119 du Code pénal, si, après la demande formelle et expresse du gardien-chef, il ne requé-

rait pas immédiatement du juge l'interrogatoire, ou si, n'ayant pas réussi à faire procéder à l'interrogatoire de l'inculpé, il ne relâchait pas aussitôt ce dernier. L'article 117 du Code pénal donne au surplus à la personne illégalement détenue le droit de poursuivre le Procureur de la République en dommages-intérêts par la voie de la prise-à-partie.

Quant au juge d'instruction, qui se refuserait à interroger l'inculpé dans le délai prescrit, il pourrait également faire l'objet d'une prise-à-partie. Il encourerait, au surplus, une condamnation à une amende de 50 francs pour inobservation des formalités prescrites pour les mandats, par application de l'article 112 du Code pénal. Mais il ne ferait à ce titre l'objet d'aucune poursuite et sanction pénale proprement dites.

Ainsi les sanctions de la loi de 1897 paraissent bien, au premier abord, frapper d'une façon très énergique tout manquement de la part du Procureur de la République ou du gardien-chef de la maison d'arrêt aux obligations que l'article 93 leur impartit. Encore faut-il, pour l'application de ces sanctions, que la preuve d'une véritable intention criminelle soit rapportée. Le Procureur ou le gardien-chef doivent avoir eu conscience d'enfreindre les prescriptions de la loi. S'ils s'étaient rendus coupables d'une simple négligence, ce qui est évidemment le cas le plus fréquent, s'ils s'étaient par exemple absentés en omettant de se faire remplacer par un de leurs subordonnés, ils ne seraient pas punissables.

Notons aussi que les sanctions des articles 119 et 120 ne répriment une détention prolongée au delà des délais prescrits que si elle a été subie dans une maison de dépôt ou d'arrêt. Si le Procureur de la République avait fait irrégulièrement incarcérer un individu dans un lieu non affecté au service pénitentiaire, ce dernier ne pourrait plus prétendre au bénéfice des règles protectrices de la loi de 1897.

En réalité, et nous consacrerons les prochains chapitres de ce travail à le démontrer, la mise en œuvre dans des

hypothèses concrètes de ces diverses sanctions se heurte à de tels obstacles de droit et de fait qu'elle s'avère généralement impossible. Les autorités judiciaires ne se mettent jamais sans doute sur ce point en lutte volontaire et ouverte avec la loi, mais il faut en attribuer le mérite à leur conscience professionnelle et non à la crainte que peut leur inspirer le jeu des sanctions illusoires prévues par l'article 93.

SECTION II

Les conditions d'admission dans les maisons d'arrêt

L'article 609 du Code d'instruction criminelle spécifie : « Nul gardien ne pourra, à peine d'être poursuivi et puni comme coupable de détention arbitraire, recevoir ni retenir aucune personne qu'en vertu soit d'un mandat de dépôt, soit d'un mandat d'arrêt décerné selon les formes prescrites par la loi, soit d'un arrêt de renvoi devant une Cour d'Assises, d'un décret d'accusation ou d'un arrêt ou jugement de condamnation à une peine afflictive ou à un emprisonnement, et sans que la transcription en ait été faite sur son registre ». L'énumération des titres de détention sur la présentation desquels le gardien est autorisé à écrouer un individu n'est plus complète depuis la loi du 2 décembre 1897, qui a autorisé, nous l'avons vu, le dépôt dans une maison d'arrêt pendant vingt-quatre heures de l'individu arrêté sous mandat d'amener.

En ce qui concerne les autres mandats, l'article 609 précise que ne pourront être écrouées que les personnes ayant fait l'objet « d'un mandat de dépôt ou d'arrêt selon les formes prescrites par la loi ». Ce texte paraît donc conférer au gardien le pouvoir de juger, non seulement de l'existence même du titre de détention en vertu duquel l'individu est privé de sa liberté, mais encore de la régularité des formes de ce titre. Mais l'article 120 du Code pénal, qui sanctionne les prescriptions de l'article 609, ne punit que le fait de détenir une personne « sans mandat ou jugement ». Peu importe donc que le mandat soit entaché d'une irrégularité

de forme. Il n'appartient pas au gardien de la maison d'arrêt d'apprécier la validité des titres délivrés par un officier supérieur de police judiciaire. Il n'encourt, en tous cas, aucune sanction, s'il ne se livre pas à ce contrôle. Sa responsabilité est à couvert, dès lors que le mandat lui a été présenté.

Mais on est alors en droit de se demander à quel degré les vices de forme doivent atteindre pour rendre le mandat inexistant et entraîner en conséquence l'application des peines de l'article 120. Sans doute, si le titre d'arrestation émanait d'un magistrat incompétent ou s'il n'était pas signé, le mandat devrait être considéré comme dépourvu de toute valeur. Mais en dehors de ces hypothèses, la Jurisprudence admet la validité des mandats frappés d'un vice de forme, aucune des mentions exigées ne lui apparaissant prescrite à peine de nullité. Ainsi une désignation insuffisante pour permettre l'individualisation de l'inculpé ne vicierait pas le mandat, quoiqu'elle constituât une grave source d'erreurs et le gardien-chef de la maison d'arrêt serait alors autorisé à écrouer, sur simple présentation de ce mandat incomplet ou erroné, la personne que les agents de la force publique lui livreraient. Il n'aurait pas le droit, même si l'arrestation avait eu lieu hors des cas autorisés par la loi, de remettre le détenu en liberté.

Sans doute, s'il s'apercevait de l'irrégularité de l'acte, serait-il moralement obligé d'en aviser le Procureur de la République et de solliciter de ce magistrat un ordre de mise en liberté. Mais n'étant tenu que de vérifier l'existence même du mandat, le gardien-chef jouit d'une parfaite impunité, dès lors que ce titre lui est effectivement présenté, quand bien même il serait entaché de graves vices de forme. La garantie préventive à une détention arbitraire, que les dispositions de l'article 609 ont pour but de conférer aux inculpés arrêtés, perd en conséquence une grande partie de son efficacité et de sa valeur pratique.

SECTION III

L'obligation pour les magistrats saisis de la connaissance d'une détention arbitraire de la dénoncer à l'autorité supérieure ou de la faire cesser

Un individu est illégalement détenu et cette détention est portée à la connaissance d'un fonctionnaire de la police administrative ou judiciaire. Quelles sont les obligations de ce dernier en présence de cette situation et dispose-t-il des moyens juridiques propres à la faire cesser au plus tôt? Sur ce point, l'insuffisance et l'incohérence de la loi pénale, et notamment des articles 119 du code pénal et 616 du Code d'instruction criminelle, sont unanimement reconnues par tous les auteurs.

Il faut, pour étudier ces textes, distinguer deux situations possibles. Supposons d'abord qu'un individu soit illégalement détenu dans un lieu régulièrement affecté au service pénitentiaire. L'article 119 du Code pénal, seul applicable en pareille hypothèse, décide que le fonctionnaire public chargé de la police administrative ou judiciaire, qui aura refusé de constater une détention illégale quand il en était requis et de la dénoncer ensuite à l'autorité supérieure, sera puni de la dégradation civique. Ainsi, il incombe seulement à ce fonctionnaire de constater la détention illégale, sur une réclamation expresse de la personne qui se dit arbitrairement détenue, et de transmettre cette réclamation à son supérieur. Là s'arrête sa mission. Il n'a pas le droit de faire cesser lui-même la détention illégale. La réclamation suivra toute la filière hiérarchique, jusqu'à ce qu'elle parvienne à celui qui a ordonné l'incarcération ou même au ministre lui-même, qui devra prescrire la mise en liberté.

On se doute des retards qu'une telle procédure peut engendrer, alors qu'une solution immédiate serait souvent si désirable. Le détenu pourra encore s'estimer très heureux, si sa réclamation parvient à l'autorité qui a capacité pour prendre la décision de mise en liberté. L'un des fonction-

naires intermédiaires, entre les mains de qui passe la requête, peut fort bien en effet l'arrêter dans ses pérégrinations sans encourir aucune sanction, la peine n'étant applicable qu'au seul fonctionnaire qui a reçu la réclamation. Aucune peine ne serait non plus encourue par l'autorité supérieure qui ne ferait point cesser la détention. L'article 119 se garde bien d'ailleurs d'indiquer en quoi consistent exactement les obligations de l'autorité supérieure et quels sont les fonctionnaires qui doivent être considérés comme ayant cette autorité.

Bien mieux, le fonctionnaire, qui aurait une connaissance personnelle de la détention arbitraire et qui négligerait de la constater et de la dénoncer à ses chefs hiérarchiques, n'encourerait lui-même aucune sanction. Il faut, pour que les pénalités de l'article 119 jouent, qu'il ait été mis en demeure d'agir par une réclamation légale. Quant au sens qu'il convient de donner à ce terme, il a lui-même donné lieu à des controverses. Certains auteurs veulent y voir le synonyme de réclamation bien fondée. D'autres, estimant, à juste titre semble-t-il, qu'il n'appartient pas à l'agent de la police administrative ou judiciaire de se rendre juge de la régularité de la détention, considèrent que la réclamation légale est celle qui est parvenue d'une façon certaine à la connaissance de l'officier public. Si celui-ci contestait avoir été avisé, il appartiendrait donc au détenu de rapporter la preuve qu'il a bien formulé une réclamation et que le fonctionnaire à qui elle était adressée l'a effectivement reçue.

Il n'est pas en définitive téméraire d'estimer, avec M. GARÇON, que toutes ces multiples restrictions au domaine d'application de l'article 119 et toutes les imprécisions et obscurités de ce texte finissent par conférer aux garanties qu'il entend fournir aux individus illégalement détenus un caractère parfaitement illusoire (2).

Supposons à présent qu'un individu soit en état de détention arbitraire dans un lieu non destiné à servir à

(2) M. GARÇON : Code pénal annoté, art. 119 et 120.

la garde des détenus. Dans ce cas, les articles 615 et suivants du Code d'instruction criminelle entrent en application. Les personnes qui ont connaissance de cette détention doivent en donner immédiatement avis au juge de paix, au juge d'instruction, au Procureur de la République ou au Procureur Général. Ces fonctionnaires sont alors tenus d'office, sur l'avis qu'ils en ont reçu, de se transporter au lieu de la détention et de faire aussitôt mettre en liberté le détenu ou de le conduire sur-le-champ devant le magistrat compétent.

Ainsi, les autorités limitativement indiquées par l'article 616 ont le pouvoir, non plus seulement de dénoncer la détention, mais d'ordonner elles-mêmes le relâchement immédiat de la personne séquestrée. La détention dans un lieu non affecté au service pénitentiaire ne résulte pas, en effet, dans la plupart des cas d'un ordre émané d'un fonctionnaire supérieur, mais d'une initiative privée. On ne risque donc pas, en conférant à un juge de paix ou à un Procureur de la République le droit de mettre d'office en liberté le détenu séquestré, de leur reconnaître le dangereux pouvoir de juger de la légalité des ordres rendus par un de leurs chefs hiérarchiques ou par un fonctionnaire d'un autre ordre.

Les obligations de l'article 616 sont plus rigoureuses aussi que celles de l'article 119, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire que les officiers de police judiciaire précisés par ce texte aient reçu avis de la détention : dès lors qu'ils la connaissent par une voie quelconque, ils doivent y mettre fin d'office et sans retard.

Mais, dans l'article 616, l'inaction du magistrat est érigée en fait de complicité de la détention arbitraire. Il y a là une dérogation extraordinaire aux règles essentielles de la complicité que rien n'explique ni ne justifie. L'article 119 au contraire, nous l'avons vu, érige l'infraction qu'il sanctionne en un crime propre puni de la dégradation civique.

Cette contradiction entre les deux textes est d'autant plus fâcheuse qu'ils sont, dans certaines hypothèses, sus-

ceptibles de recevoir une application simultanée au même cas concret.

L'article 119, en effet, punit le fonctionnaire qui aurait refusé de dénoncer une détention illégale et arbitraire s'effectuant soit dans une maison destinée à la garde des détenus, « soit partout ailleurs ». Il résulte de cette dernière expression qu'au cas de séquestration dans un lieu non affecté au service pénitentiaire, l'article 119 du Code pénal doit recevoir application au même titre que l'article 616 du Code d'instruction criminelle. Mais comme il n'y a aucune similitude, ni entre les obligations que l'une et l'autre de ces dispositions légales mettent à la charge des fonctionnaires judiciaires, ni entre les sanctions qu'elles édictent, cette application combinée donne naissance à des difficultés inextricables et à des résultats choquants. Ainsi devrait-on admettre, si l'on respectait la lettre de la loi, que le fonctionnaire public, qui libérerait le détenu sans dénoncer la détention, tomberait sous le coup de l'article 119 et que celui qui, dans la même hypothèse, constaterait et dénoncerait la séquestration, sans rendre à l'individu sa liberté, serait frappé des peines de l'article 616. S'il ne remplissait ni l'une ni l'autre de ces obligations, le tribunal se trouverait alors devant un concours idéal d'infraction et prononcerait contre le délinquant la peine la plus forte.

On a bien cherché, sans doute, pour éluder ce système aussi absurde qu'inique, à découvrir à chacun des deux textes un domaine d'application distinct. On a notamment essayé de soutenir que l'article 616 ne concernerait que les cas où l'auteur de la séquestration est un simple particulier et que l'article 119, en raison de sa place dans le Code pénal, ne s'appliquerait qu'au cas où la détention dans un lieu privé a été ordonnée par un agent de l'autorité publique. Mais une telle interprétation doit être rejetée. Les termes de l'article 616, « s'il est allégué quelque cause légale de détention », visent manifestement, en effet, l'hypothèse d'une détention ordonnée par un fonctionnaire de la police judiciaire ou administrative.

En réalité, toute tentative de conciliation entre ces dispositions légales contradictoires est vouée à l'insuccès. Le remède ne consiste pas, à notre sens, dans la recherche d'une nouvelle interprétation plus ou moins ingénieuse de deux textes inapplicables, mais dans leur abrogation pure et simple et dans leur remplacement par une nouvelle disposition légale obligeant uniformément les fonctionnaires de la police judiciaire ou administrative et les particuliers à avertir le juge d'instruction, quand ils auraient connaissance d'une détention arbitraire. Le juge serait alors seul et expressément tenu de se rendre auprès de la personne incarcérée et de faire cesser sa détention, si elle n'était pas fondée sur une juste cause. Tant que cette réforme ne sera pas adoptée, il faudra ranger les mesures édictées par les articles 119 du Code pénal et 616 du Code d'instruction criminelle parmi la liste déjà si longue des garanties préventives légales de pure forme, qui n'assurent aux justiciables aucune protection effective contre les erreurs ou les inactions des autorités judiciaires.

SECTION IV

Les diverses garanties préventives des lois de 7 février 1933 et 25 mars 1935

Les récentes lois des 7 février 1933 et 25 mars 1935 ont du moins considérablement amélioré le sort des détenus préventifs. Sous l'empire du système antérieur, l'individu arbitrairement détenu devait lui-même se préoccuper de faire au plus tôt reconnaître par les autorités compétentes le caractère illégal de la mesure dont il faisait l'objet, et le succès de cette requête, si bien fondée qu'elle fût, n'était jamais certain. Or, la liberté de l'inculpé doit être protégée même à son insu et contre sa propre négligence ou ignorance. C'est le résultat qu'ont partiellement atteint les lois de 1933 et 1935, en limitant strictement la durée de validité des mandats délivrés par le juge d'instruction et en soumettant obligatoirement la détention, quand elle dépasse

un certain temps, au contrôle de la Chambre des Mises en accusation.

Par contre, il est incontestable que les recours ouverts par les lois nouvelles à l'inculpé compliquent et alourdissent la marche de l'instruction préparatoire, aboutissant souvent ainsi à prolonger la détention préventive qu'ils ont pour but d'écourter.

Il faut aussi noter que le juge d'instruction n'a, pas plus sous le régime nouveau que sous le régime antérieur, le droit de donner de son propre mouvement mainlevée d'un mandat de dépôt ou d'arrêt. Il doit au préalable, selon l'article 94 du Code d'instruction criminelle, obtenir les conclusions conformes du Procureur de la République. Ce véritable et dangereux droit de veto du Procureur, dont certains projets législatifs avaient réclamé l'abolition, a en fin de compte survécu à la réforme de 1933, et il y a tout lieu de le déplorer.

Quant à la répercussion des nouvelles lois sur le nombre des détentions injustifiées ou arbitraires, il est difficile d'en juger déjà. Il est cependant intéressant de souligner à ce point de vue que le nombre des détentions préventives n'a pas diminué dans la proportion escomptée. Il ne faut pas, au surplus, se dissimuler que, même au cas où l'inculpé parvient, en utilisant les ressources nouvelles que la loi de 1933 lui procure, à faire reconnaître le caractère illégal ou injustifié de la mesure prise à son encontre, la décision de mise en liberté intervient le plus souvent après plusieurs semaines, parfois après plusieurs mois, de détention. Il paraît bien difficile, dans ces conditions, de parler encore de garanties préventives.

En réalité, la réforme de 1933 et 1935 a fourni aux inculpés quelques sérieuses garanties qu'il ne nous appartient pas d'étudier et dont nous ne songeons pas à médire. Mais le titre de ces lois pourrait faire illusion : leur contenu ne répond pas à leur intitulé. C'est beaucoup plus l'abus de la détention préventive que l'atteinte à la liberté individuelle au sens large que le législateur a entendu réprimer. La protection fragmentaire et partielle, qui résulte au

cours de l'instruction préparatoire pour le détenu préventif de leur application, se révèle absolument incapable de suppléer aux multiples insuffisances des autres garanties légales à l'arrestation et à la détention préventive. Les lois de 1933 et 1935 compliquent exagérément la procédure de l'instruction préparatoire, sans protéger efficacement la liberté individuelle.

DEUXIÈME PARTIE

Les mesures répressives

Les lacunes que nous avons été amenés à signaler dans le jeu des mesures légales destinées à prévenir les atteintes à la liberté individuelle rendent particulièrement nécessaire l'institution d'un système de sanctions pénales énergiques.

Les mesures répressives édictées par le législateur doivent être susceptibles de remplir un double rôle : elles doivent prévenir l'accomplissement des infractions qu'elles sanctionnent par la crainte qu'elles doivent inspirer aux fonctionnaires qui seraient tentés d'abuser de leur pouvoir, et elles doivent, si l'atteinte à la liberté individuelle a été effectivement consommée, châtier l'auteur de l'infraction d'une façon proportionnée à la gravité de sa faute et au dommage social et individuel réalisé. Aussi nous demanderons-nous constamment, au cours de l'examen des textes relatifs à la responsabilité pénale des auteurs d'arrestations ou détentions arbitraires, si les sanctions qu'ils instituent remplissent d'une façon satisfaisante la double fonction qui leur est assignée.

CHAPITRE PREMIER

LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES AUTEURS D'ARRESTATIONS ET DÉTENTIONS ARBITRAIRES

La répression des actes attentatoires à la liberté individuelle fait l'objet des articles 114 à 123 du Code pénal. Ces articles sont groupés sous le titre « d'attentats à la liberté », dans une section du chapitre 2 du livre III, intitulé « Crimes et délits contre la Constitution », ce qui n'est plus très rationnel, puisque notre constitution actuelle ne protège en aucune façon la liberté individuelle. Mais ces neuf articles n'ont subi, depuis la promulgation du Code pénal, aucune modification ni aucune retouche, et c'est donc l'œuvre napoléonienne elle-même que nous allons être appelés à examiner et à critiquer.

Ces diverses dispositions répressives comprennent d'abord un texte d'ordre général, l'article 114, qui sanctionne, dans des termes très larges, les actes arbitraires et attentatoires à la liberté individuelle, ensuite une série d'articles réprimant spécialement certains faits que le législateur a cru devoir sanctionner d'une façon particulière, soit en raison de la nature des atteintes portées à la liberté individuelle, soit en raison de la qualité de leurs auteurs.

L'article 114 du Code pénal apparaît comme la pierre de base de l'édifice et il peut être considéré comme constituant le droit commun de la répression des actes arbitraires. Aussi l'étudierons-nous d'abord, renvoyant aux autres sections de ce chapitre l'examen des infractions spéciales.

SECTION I

La répression générale des arrestations et détentions arbitraires

§ I. — ETUDE OBJECTIVE DE L'ARTICLE 114 DU CODE PÉNAL

1° *Domaine d'application de l'article 114*

Le premier paragraphe de l'article 114 est ainsi conçu : « Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du Gouvernement aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire, soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Constitution, il sera condamné à la peine de la dégradation civique ». Ce texte paraît donc contenir une triple incrimination frappant les actes attentatoires à la liberté individuelle en premier lieu, aux droits civiques en second lieu, à la Constitution en troisième lieu.

Mais pour les atteintes aux droits civiques, l'application de l'article 114 est considérablement restreinte, sinon totalement abolie, par un grand nombre de lois qui organisent un système répressif spécial en matière électorale. Les actes contraires à la Constitution ne peuvent eux-mêmes s'entendre que de crimes et délits susceptibles de porter préjudice à un particulier. Ici encore, toutes ces infractions étant punies par des textes spéciaux, l'article 114 demeure à cet égard lettre morte.

Les incriminations très vagues de l'article 114 doivent être réservées à ceux des actes arbitraires ou inconstitutionnels qui ne tombent pas sous l'application d'une disposition plus précise de la loi pénale. Son seul domaine d'application est donc celui de la répression des actes attentatoires à la liberté individuelle. Faut-il comprendre dans cette formule générale les arrestations et détentions arbitraires ? Cela ne fait aujourd'hui aucun doute.

Certains auteurs avaient cependant autrefois soutenu que les dispositions conçues en termes généraux de l'article 114 n'embrassaient pas l'hypothèse des arrestations ou

détentions, puisqu'un texte particulier, l'article 341, frappe de la peine des travaux forcés à temps « ceux qui sans ordre des autorités constituées et hors les cas où la loi ordonne de saisir des prévenus auront arrêté, détenu ou séquestré des personnes quelconques ». Pour ces auteurs, l'article 341 atteindrait tous les cas d'arrestations ou détentions arbitraires, alors même que leurs auteurs seraient fonctionnaires publics. Il serait d'ailleurs illogique, estimaient-ils, d'infliger à un fonctionnaire un châtiment moins sévère qu'à un simple particulier, sa qualité de représentant de l'ordre et de l'autorité aggravant au contraire sa culpabilité. Adoptant cette opinion, la Cour de Cassation avait d'abord admis que l'article 341 sanctionnait tous les faits d'arrestations et détentions arbitraires (1).

Mais les travaux préparatoires du Code, la place respective de ces articles dans le Code pénal et la différence même entre les sanctions qu'ils édictent prouvent la fausseté de cette interprétation. Il faut au contraire admettre que l'article 341 ne réprime que les arrestations et séquestrations de personnes, commises, sans ordre des autorités constituées et hors les cas où la loi ordonne de saisir un prévenu, par tout individu (fonctionnaire comme simple particulier) agissant de son autorité privée et pour la satisfaction de ses passions personnelles. Au contraire, les fonctionnaires investis du droit d'arrestation, qui, sciemment, dans l'exercice de leurs fonctions, ordonnent ou opèrent une arrestation ou une détention illégale, sont exclusivement atteints par le seul article 114. Les fonctionnaires non investis de ce droit ne tombent aussi sous l'application du même texte que s'ils se présentent fausement comme munis du pouvoir d'arrestation.

L'inégalité des sanctions qui frappent l'officier public et le particulier s'explique par la différence des mobiles qui les animent, dans l'accomplissement de l'acte arbitraire. Le fonctionnaire n'est le plus souvent égaré que par un

(1) C. Cass., 25 mai 1832, S. 1832-1-512.

excès de zèle excusable dans une certaine mesure. Le particulier, au contraire, agit en général par haine, vengeance ou cupidité. Sa faute est plus lourde. Aussi est-il rationnel de décider que si le fonctionnaire avait été mû dans l'exécution de son acte par des mobiles d'ordre personnel, tels que la satisfaction de ses propres passions, l'article 341 lui serait applicable (2). L'article 114, en effet, ne punit que les délits de fonction, c'est-à-dire les délits commis par un fonctionnaire agissant en cette qualité ou les délits constituant un abus ou un détournement de pouvoir. La Cour de Cassation, revenant sur ses anciens errements, est d'ailleurs bien fixée à présent en ce sens (3).

2° Conditions générales d'application de l'article 114

On peut ramener à deux le nombre des éléments constitutifs du crime d'arrestation et détention arbitraires, à savoir un élément d'ordre matériel, la commission d'un acte attentatoire à la liberté individuelle d'autrui, et un élément d'ordre intellectuel, l'intention criminelle de son auteur.

A) Élément d'ordre matériel: Acte arbitraire et attentatoire à la liberté individuelle.

Que faut-il entendre par acte arbitraire et attentatoire à la liberté individuelle ? Les interprètes de cette expression admettent généralement qu'elle englobe, soit les arrestations ou détentions opérées par un officier public incompétent ou sur son ordre, soit celles qui sont effectuées par un agent compétent, mais hors des cas déterminés par la loi ou des formes qu'elle prescrit.

(2) Voir Arrêt C. Caen, 28 juin 1871, *D.* 1871-2-206. Cet arrêt décide que le simple soupçon d'insultes ne pouvant justifier de la part d'un chef de patrouille de gardes nationaux la conduite au poste d'individus rencontrés en chemin, celui-ci se rend coupable, s'il y procède, du crime d'arrestation illégale réprimé non par l'art. 114, mais par l'art. 341. De même, Bourges, 30 décembre 1870. *D.* 1871-2-226. — Metz, 23 mai 1867, *D.* 1867-2-137.

(3) Voir Arrêt C. Cass., 4 décembre 1862, *S.* 1863-1-51.

En ce qui concerne les arrestations opérées par un fonctionnaire incompétent, ayant déjà précisé dans un chapitre antérieur quels étaient les agents de la police judiciaire ou administrative auxquels nos lois confèrent le droit d'arrestation, il nous suffira de mentionner que tout autre fonctionnaire, qui signerait un ordre d'arrestation ou de détention, ou procéderait lui-même à une opération de ce genre, se rendrait coupable d'un attentat à la liberté passible des peines de l'article 114. Ainsi en serait-il par exemple d'un juge non chargé de l'instruction, qui ferait arrêter une personne, en délivrant contre elle un mandat d'amener.

Mais il reste à déterminer quelles personnes doivent être rangées dans la catégorie des « fonctionnaires publics, agents ou préposés du Gouvernement » de l'article 114. La formule est très large. Elle paraît comprendre tous ceux qui, à un titre quelconque, sont dépositaires de l'autorité publique. Il faut donc certainement y ranger tous les fonctionnaires ou agents investis par la loi du pouvoir d'ordonner ou d'opérer une arrestation : juges d'instruction, Procureurs de la République, officiers de police judiciaire auxiliaires du Procureur et notamment maires (4), préfets, gendarmes, gardes champêtres et forestiers, commissaires et inspecteurs de police (5), agents de police (6), agents du service des mœurs. La Jurisprudence comprend même les huissiers au nombre des agents du Gouvernement dont parle l'article 114. Il semblerait cependant plus juridique de faire à ces derniers l'application de l'article 341. Par contre, les conseillers municipaux, n'étant ni officiers de police judiciaire, ni agents du Gouvernement, ne peuvent figurer dans l'énumération des fonctionnaires passibles des peines de l'article 114.

L'acte peut donc être arbitraire et tomber comme tel sous le coup de l'article 114, s'il a été ordonné ou exécuté

(4) Voir Jugement Trib. civ. Toulon, 21 janvier 1875, *D.* 1876-3-63.

(5) Voir Arrêt C. Cass., 22 avril 1869, *S.* 1869-1-239.

(6) Voir Arrêt C. Cass., 4 décembre 1862, *S.* 1863-1-51 ; 23 juin 1892, *D.* 1893-1-297.

par un officier public incompétent commettant un abus de pouvoir. Il peut aussi donner lieu à l'application des mêmes sanctions, si le fonctionnaire, compétent pour ordonner l'arrestation ou la détention, use de son droit en dehors des cas, des conditions ou des formes déterminées par la loi. Dans ce dernier cas, il n'y a plus abus, mais excès de pouvoir. Ainsi, un juge d'instruction décerne un mandat de dépôt contre un individu prévenu d'un délit n'emportant pas la peine d'emprisonnement ou bien refuse au prévenu la liberté provisoire dans un des cas où elle est de droit; ou encore un gendarme procède à une arrestation hors des cas prévus par le décret du 20 mai 1903 et pendant les heures où il est interdit de s'introduire dans le domicile des citoyens. S'ils ont agi en pleine connaissance de cause, ces fonctionnaires encourent les sanctions de l'article 114.

Mais doit-on décider avec la majorité des auteurs que seuls ces actes manifestement illégaux, soit en raison de l'incompétence du fonctionnaire qui les exécute, soit en raison de l'inobservation flagrante d'une condition légale, soulèvent contre leurs auteurs la mise en œuvre de l'article 114? Nous ne le croyons pas. Ce texte condamne le fonctionnaire qui a accompli, non pas quelque acte illégal, mais « quelque acte arbitraire ». C'est le moment de rappeler la distinction que nous croyons devoir opérer entre les actes arbitraires et les actes illégaux.

L'expression « acte arbitraire » est sans doute prise ici par le législateur dans son sens générique. Elle englobe donc les actes illégaux. Mais elle ne vise certainement pas cette seule catégorie d'atteintes à la liberté individuelle. Si l'on peut à la rigueur qualifier d'arbitraires tous les actes effectués en violation d'une règle légale positive, la réciprocité ne saurait être admise. Prenons un exemple. La loi du 25 mars 1935 autorise dans tous les cas le juge à détenir l'inculpé pendant cinq jours après sa première comparution. Si cette détention apparaît au juge dès l'interrogatoire parfaitement inutile et s'il l'ordonne cependant en obéissant à un mobile de haine ou d'animosité

personnelle, la mesure étant parfaitement légale, le juge ne saurait, selon l'interprétation habituellement donnée à l'article 114, être accusé d'avoir commis un acte attentatoire à la liberté individuelle. Supposons encore un juge, qui, tout en ayant acquis la certitude absolue de l'innocence de la personne qu'il a inculpée, fasse procéder néanmoins à son arrestation ou néglige volontairement, si elle est détenue, de lui rendre sa liberté : ici encore, les mandats ou ordonnances du juge sont pris en conformité des lois, ici encore, ce dernier n'ayant commis aucun acte illégal, devrait être déclaré non coupable.

Et cependant le magistrat, qui se sert du pouvoir qu'il puise dans ses attributions pour assouvir sous le couvert apparent de la loi ses passions personnelles, n'est-il pas plus répréhensible encore que celui qui, par excès de zèle et dans un intérêt collectif mal compris, élude certaines dispositions légales protectrices de la liberté individuelle ? Assurer une parfaite impunité à celui de ces magistrats qui aura su couvrir du masque trompeur de la légalité les mesures arbitraires qu'il ordonne et frapper sans pitié d'une peine criminelle à jamais déshonorante celui qui, moins adroit ou moins rusé et dans le seul souci d'une bonne répression, aura arrêté ou détenu un individu sans observer toutes les conditions légales prescrites, tel est le résultat auquel aboutit l'interprétation si étroitement étriquée habituellement conférée à l'article 114.

Au contraire, si l'on admet qu'acte arbitraire n'est pas synonyme d'acte illégal et qu'il faut entendre par là l'acte, conforme ou non aux prescriptions légales, inspiré à son auteur par une pensée de malveillance pure et l'intention de nuire, alors on ouvre à l'article 114 un champ d'application plus vaste ; et tout en respectant mieux encore le texte et l'esprit de la loi, on confère aux tribunaux le pouvoir de réprimer tous les faits attentatoires à la liberté individuelle émanant de fonctionnaires publics, quelque respectueux de la légalité que ceux-ci se soient en apparence montrés.

Ainsi, nous estimons que le texte, dans son état actuel, autorise la Jurisprudence à frapper de la même sanction les actes illégaux et les actes proprement arbitraires portant atteinte à la liberté individuelle. Les tribunaux répressifs adapteraient-ils en fait, si l'occasion s'en présentait, cette interprétation? C'est là une autre question à laquelle l'extrême rareté des décisions jurisprudentielles jusqu'à ce jour ne nous permet pas de répondre.

B) *Elément d'ordre-intellectuel: L'intention criminelle.* — L'infraction de l'article 114 étant sanctionnée par une peine criminelle, cette dernière ne pourrait frapper le magistrat qui attenterait à la liberté d'un justiciable par ignorance des dispositions légales ou par erreur même lourde et inexcusable. Les victimes de ces erreurs ne peuvent exercer qu'un recours devant les tribunaux civils. L'auteur de l'arrestation ou de la détention arbitraire n'encourt la sanction de l'article 114 que s'il est relevé à sa charge une intention criminelle, c'est-à-dire s'il a eu conscience d'outrepasser ses pouvoirs et de violer les formes légales. Peu importe d'ailleurs le véritable mobile qui a déterminé l'agent à exécuter un acte arbitraire. Ce qui caractérise l'intention criminelle, ce n'est pas le désir de nuire, mais seulement la connaissance de la part de l'agent de la règle légale et la volonté de ne pas l'observer. Sans cet élément, le crime n'existe pas.

Pratiquement, il sera toujours très difficile de rapporter la preuve de l'intention criminelle. Aussi, admet-on généralement que si l'arrestation ou la détention arbitraire a été ordonnée par un fonctionnaire sans mission légale, il est présumé avoir agi frauduleusement. Il lui incombera donc de rapporter la preuve de sa bonne foi. Au contraire, si le droit d'arrestation figurait parmi ses attributions et s'il a seulement outrepassé ses pouvoirs, on présuamera de sa part une interprétation erronée de la loi. Ce sera alors au ministère public à rapporter la preuve de sa mauvaise foi. Mais il ne faut pas se dissimuler que ce dernier cas est le plus fréquent et qu'une présomption de bonne foi

joue donc presque toujours en faveur des fonctionnaires qui attentent à la liberté des justiciables.

M. GARÇON a, il est vrai, cherché à corriger les défauts de ce système. Il a admis que l'intention criminelle existe, non seulement si l'agent a eu en fait, mais encore s'il a pu et dû savoir l'illégalité de l'arrestation qu'il opérât, notamment au cas où la loi qu'il a violée était partiellement claire et précise (7). Sans doute, cette explication nous paraît-elle en logique et en équité plus satisfaisante que la précédente, mais il faut reconnaître qu'elle a peu de chances d'être adoptée par la Jurisprudence, qui se fait en règle générale de l'intention criminelle une représentation bien plus stricte.

En réalité, nous touchons là à une des plus grosses faiblesses de l'article 114. L'intention criminelle de l'auteur de l'atteinte à la liberté individuelle fait presque toujours défaut. Il est bien rare, en tous cas, que la preuve puisse en être rapportée. Le crime n'existant pas sans cet élément, l'impunité est pratiquement assurée aux fonctionnaires qui procèdent à des arrestations ou détentions arbitraires ou illégales.

3° Cas particuliers d'application de l'article 114

Les termes très généraux de l'article 114 autorisent son application à tous les cas d'actes attentatoires à la liberté individuelle et notamment d'arrestations ou détentions arbitraires commises par un fonctionnaire public. Il faut donc admettre que ce texte sanctionne toutes les diverses dispositions légales du Code d'instruction criminelle relatives à l'arrestation et à la détention préventive d'un inculpé. D'ailleurs, les nouveaux alinéas ajoutés par la loi du 7 février 1933 à l'article 112 du Code d'instruction criminelle ne permettent plus aucun doute à cet égard. L'article 112 frappe d'une amende de 50 francs l'observation par le greffier, par le juge d'instruction ou par le Procureur

(7) M. GARÇON: Code pénal annoté, art. 114.

de la République des formalités prescrites pour les divers mandats. Et l'alinéa 2 du même texte ajoute : « Ces dispositions sont étendues, sauf application de peines plus graves, s'il y a lieu, à toute violation des mesures protectrices de la liberté individuelle... ». Ces peines plus graves, dont le texte menace, le cas échéant, ceux qui violeraient les mesures protectrices de la liberté individuelle, ne peuvent être que les sanctions de l'article 114.

C'est ainsi que le juge d'instruction commet un acte attentatoire à la liberté individuelle passible des peines de l'article 114, s'il n'accorde pas à l'inculpé la liberté provisoire dans les cas où elle est de droit, selon les dispositions de l'article 113 du Code d'instruction criminelle, ou si, volontairement et dans une intention criminelle, il n'observe pas l'une des formalités que les nouveaux articles 114, 116 et 119 du Code d'instruction criminelle mettent à sa charge en vue de protéger l'inculpé contre une détention préventive injustifiée. On doit également décider que le Procureur de la République, qui, au mépris de l'article 40 du Code d'instruction criminelle, décernerait, sur simple dénonciation d'un tiers et hors le cas de flagrant délit, un mandat d'amener contre un individu, encourerait les sanctions de l'article 114.

L'application du même texte serait plus douteuse au cas où le Procureur, par motif de vengeance ou d'animosité personnelle, ferait obstacle au désir légitime du juge de donner mainlevée du mandat de dépôt ou d'arrêt décerné contre un inculpé. Le Procureur de la République n'accomplit pas, dans ce cas, un acte illégal, il ne fait qu'user de la faculté que lui reconnaît l'article 94 du Code d'instruction criminelle. Mais s'il n'y a pas acte illégal, il y a bien acte arbitraire, puisque le Procureur, en refusant par hostilité personnelle de conclure à la mainlevée du mandat, prolonge injustement la détention préventive de l'inculpé. L'article 114 doit donc bien, à notre avis, recevoir application dans ce cas, à condition naturellement que le mobile mauvais de l'officier de police judiciaire soit nettement établi.

Par application des mêmes principes, il nous paraît logique d'admettre que l'article 114 doit sanctionner l'obligation imposée par l'article 127 du Code d'instruction criminelle au juge d'instruction de communiquer sa procédure au Procureur de la République, dès que l'instruction est terminée, si ce défaut de transmission peut être imputé à une intention criminelle du magistrat instructeur.

Le Procureur de la République, qui userait dans une intention dolosive nettement caractérisée du droit de faire appel d'une ordonnance du juge d'instruction et notamment d'une ordonnance de non-lieu, devrait lui aussi, nous semble-t-il, se voir éventuellement infliger les mêmes sanctions pénales, puisque l'inculpé reste en prison jusqu'à ce que la Chambre des Mises en accusation ait statué sur cet appel.

Naturellement, ces divers cas d'application de l'article 114 ne sont pas limitatifs. Nous ne les mentionnons qu'à titre d'exemples. Chaque fois que les conditions auxquelles l'article 114 subordonne sa mise en œuvre sont réalisées, l'auteur de l'acte arbitraire ou illégal peut, en principe du moins, faire l'objet de poursuites criminelles et se voir frappé des sanctions édictées par ce texte.

4° Nature de la peine

La sanction pénale qu'encourt le magistrat, auteur de l'acte attentatoire à la liberté individuelle, apparaît à la lecture du Code vraiment effrayante. La dégradation civique est une des rares peines criminelles qui soit pourvue d'un caractère perpétuel. La note d'infâmie dont elle frappe le condamné est, en égard au rang social qu'il occupait et à la considération dont sa profession le faisait jouir, un châtiment exemplaire.

Des déchéances très rigoureuses s'attachent à cette peine. Le magistrat coupable va être destitué, exclu de tout emploi public, privé de tous ses droits civiques et politiques, de certains droits de famille comme celui d'être tuteur ou d'être membre d'un conseil de famille, réduit

peut-être à la misère, en tous cas à jamais déshonoré. Le législateur ne peut vraiment être accusé de faiblesse ! Les atteintes à la liberté individuelle seraient énergiquement réprimées, si l'article 114 recevait application chaque fois qu'est opérée une arrestation ou une détention arbitraire.

5° *L'excuse légale résultant de l'ordre d'un supérieur*

« Si néanmoins il (le fonctionnaire poursuivi) justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs, pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû l'obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera, dans ce cas, appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre ». Ainsi s'exprime l'article 114 dans son deuxième alinéa. Les conditions auxquelles est subordonné le droit pour l'agent poursuivi d'invoquer l'excuse légale de l'article 114 sont les suivantes :

Il faut d'abord que l'ordre émane bien d'un fonctionnaire à qui l'agent d'exécution devait effectivement obéissance. Si un commandant militaire enjoint à un maire ou à un commissaire de police de procéder à une arrestation arbitraire, ceux-ci ne pourraient, après l'avoir effectuée, être admis à se prévaloir de l'excuse légale résultant de l'article 114 alinéa 2, car l'officier n'était pas leur supérieur et ils ne lui devaient pas obéissance.

Il faut en outre que l'ordre soit antérieur à l'attentat : une approbation postérieure à son exécution ne couvrirait pas la faute du fonctionnaire et ne détournerait pas de lui le jeu des sanctions pénales prévues. La loi ne précise pas la forme dans laquelle doit être donné l'ordre. Aussi semble-t-il qu'un simple ordre verbal suffirait à autoriser l'agent qui l'a reçu à invoquer l'excuse légale de l'article 114.

Enfin, il faut que l'ordre donné soit relatif à un objet de la compétence du supérieur. Ainsi, un maire n'est pas excusé, s'il opère une arrestation arbitraire sur l'ordre d'un préfet ou d'un sous-préfet, et un employé des Contributions directes ne l'est pas plus, s'il arrête un fraudeur sur l'ordre du Directeur des Contributions.

Peu importe par contre que l'accusé ait connu l'illégalité de l'acte qu'on lui commandait d'exécuter; peu importe qu'il ait été de bonne ou de mauvaise foi. La loi ne présume pas une erreur de sa part, elle l'excuse seulement en raison de son devoir d'obéissance hiérarchique. Aussi n'y a-t-il pas même lieu de rechercher si l'individu a agi librement ou sous l'empire d'une véritable contrainte morale. Dès lors qu'il était soumis par des liens hiérarchiques à celui qui a donné l'ordre et que cet ordre était relatif à des objets de la compétence du supérieur, l'accusé doit être absous (8).

Il importe de souligner que l'ordre du supérieur constitue, pour l'agent subalterne qui y défère, non une cause de justification, mais une cause d'excuse. Dans son projet primitif, l'article 114 était ainsi conçu: « S'il a agi par ordre de son supérieur, l'auteur de l'ordre sera seul poursuivi et puni de la même peine ». Mais CAMBACÉRÈS avait protesté contre cette totale exemption de culpabilité dont bénéficiait, aux termes de ce projet, celui qui exécutait sur l'ordre de son supérieur un acte formellement prohibé par la loi. La rédaction de l'article fut alors modifiée. Ainsi le fonctionnaire, qui a violé la loi, reste coupable, bien qu'il n'ait fait qu'obéir aux ordres de son supérieur. Le motif d'exemption de l'article 114, alinéa 2, ne peut donc être confondu avec la cause de non-culpabilité de l'article 327, en ce qui concerne les homicides, blessures et coups ordonnés par la loi et commandés par l'autorité légitime. L'agent, auteur de l'acte arbitraire, demeurant coupable sera toujours poursuivi. Il n'appartiendra pas à la juridiction d'instruction d'apprécier la valeur de l'excuse. Mais une question spéciale sera posée au jury et si celui-ci admet l'excuse légale, l'accusé sera non acquitté, mais absous, c'est-à-dire exempt de peines. La distinction est considérable au point de vue moral; elle n'est pas négligeable non plus au point de vue pratique: les frais du procès seront notamment supportés par l'accusé absous.

(8) Voir C. Bourges, 30 décembre 1870, *D.* 1871-2-226.

Disons tout de suite que l'institution de cette excuse légale, spéciale aux crimes d'attentats à la liberté individuelle, nous paraît constituer pour les fonctionnaires une garantie indéfendable en droit et en fait. Le principe même sur lequel elle repose est faux. Quand un fonctionnaire agit sur l'ordre de son supérieur, sa responsabilité personnelle demeure en général intacte. La théorie de l'obéissance passive de tous les fonctionnaires à leurs supérieurs et au Gouvernement est une doctrine régaliennne, qui n'est plus de notre époque.

En fait, deux hypothèses peuvent être envisagées. Ou bien l'agent inférieur a cru de bonne foi à la légalité de l'ordre qu'il recevait, et, dans ce cas, l'intention criminelle faisant défaut, l'infraction n'est pas commise. Ou bien il a obéi à l'injonction reçue en pleine connaissance de son caractère illégal. Dans ce dernier cas, il lui était presque toujours possible de refuser d'exécuter la mesure illégale et sa culpabilité est certaine. Sans doute le supérieur est-il parfois en mesure, en usant de moyens de coercition ou de pression spéciaux, d'annihiler l'indépendance de son subalterne et ses facultés de résistance. Mais alors, l'application des principes généraux du droit pénal suffirait, en l'absence de la disposition de l'article 114, à protéger l'agent subordonné contre les risques d'une sanction pénale. Ce dernier serait admis à faire état de la contrainte morale, qui constitue pour lui un fait justificatif susceptible d'atténuer ou même de supprimer sa responsabilité. Pourquoi dans ces conditions conférer une protection spéciale exorbitante du droit commun au fonctionnaire qui, sciemment, dans une intention criminelle, mais sur l'ordre de son supérieur, a attenté à la liberté individuelle d'autrui?

En réalité, il est absolument nécessaire, pour garantir la liberté des citoyens, que la responsabilité des actes arbitraires puisse être mise à la charge, non seulement de ceux qui les ordonnent, mais encore de ceux qui les exécutent. L'atténuation normale de responsabilité résultant de l'ordre impératif d'un supérieur devrait seulement être un

point de fait laissé à l'appréciation des tribunaux. L'excuse légale de l'article 114, al. 2 est en principe injustifiable. En fait, elle soustrait la plupart des auteurs d'arrestations ou détentions arbitraires au châtiment que leur faute appelle.

§ 2. — ETUDE CRITIQUE DE L'ARTICLE 114

Si on parcourt les recueils jurisprudentiels, en vue d'y rechercher dans quelles conditions les tribunaux répressifs appliquent à nos fonctionnaires les pénalités de l'article 114, lorsqu'ils se rendent coupables d'un acte attentatoire à la liberté individuelle, on est surpris de ne rencontrer pour ainsi dire aucun jugement ou arrêt de cette nature. Tout au plus découvre-t-on quelques rares cas d'application de l'article 114 à de petits fonctionnaires, humbles officiers de police judiciaire, maires, gardes champêtres, gardes particuliers. Mais aucune de ces décisions ne met en cause un magistrat.

Serait-ce donc que, depuis cent trente ans que cet article existe, aucun Procureur impérial, du Roi ou de la République, aucun juge d'instruction, aucun Président du Tribunal n'a arrêté ou détenu arbitrairement un citoyen? Le simple énoncé d'une telle proposition en laisse apparaître l'invraisemblance. Si l'article 114 n'est jamais appliqué, ce n'est malheureusement pas parce que l'infraction qu'il sanctionne n'est jamais commise, c'est bien plutôt parce que cette disposition pénale est, en raison même de sa rigueur, inapplicable. « Quand les pénalités sont en disproportion avec les faits ordinaires, a judicieusement constaté M. MORIZOT-THIBAUT, elles restent le plus souvent inappliquées et dorment dans l'arsenal des lois » (9).

Il faut bien en effet se rendre compte que, dans l'immense majorité des cas, le magistrat, qui s'est rendu sciemment coupable d'un acte arbitraire, n'a agi que par excès de zèle, par conscience professionnelle, dans le seul souci de

(9) M. MORIZOT-THIBAUT : *Recueil de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1903, p. 12.

remplir au mieux ses fonctions de gardien de l'ordre social. C'est par exemple un Procureur de la République qui, dans l'impossibilité de faire interroger dans le délai requis l'inculpé sous mandat d'amener, se décide, pour empêcher ce dernier de prendre la fuite, alors que sa culpabilité est certaine, à prolonger illégalement sa détention de quelques heures ou de quelques jours. Ou bien encore, c'est un juge d'instruction qui croit devoir, dans le seul souci de la manifestation de la vérité, détenir plus de cinq jours un individu, dans une hypothèse où le relâchement à l'expiration de ce délai est prescrit. Voilà donc de zélés fonctionnaires devenus criminels, pour avoir voulu servir la société ! Voilà d'honnêtes hommes destitués, déshonorés à vie, incapables même de devenir les tuteurs de leurs propres enfants, pour avoir voulu sauvegarder la société contre les entreprises de dangereux malfaiteurs !

En présence d'une aussi monstrueuse disproportion entre l'infraction commise et le châtement qui lui est réservé par la loi, on serait vraiment mal venu à reprocher au Ministère public son inaction, aux tribunaux leur faiblesse. La terrible rigueur de la peine encourue ne peut pas le plus souvent ne pas faire reculer les divers organes de poursuites et les diverses juridictions répressives devant son application. De nombreuses atteintes à la liberté individuelle mériteraient une répression légère et elles demeurent impunies. Les tribunaux font leur, et comment les en blâmer, l'opinion si sensée de Montesquieu : « Lorsque la peine est sans mesure, on doit souvent lui préférer l'impunité » (10). La conception actuelle de l'attentat à la liberté individuelle érigé fatalement en crime et puni d'une peine terriblement rigoureuse constitue à n'en pas douter une des causes principales de la pénurie de poursuites que nous constatons.

Au surplus, même quand les juges sont disposés, en raison de la gravité de l'acte arbitraire dont s'est rendu coupable le fonctionnaire poursuivi, à lui appliquer sans ménages

(10) MONTESQUIEU : *Esprit des Lois*, liv. 6, ch. 13.

gements les sanctions pénales édictées, ils se trouvent le plus souvent empêchés de le faire. Le classement des attentats à la liberté individuelle au nombre des crimes rend en effet nécessaire la preuve de l'intention criminelle. Or, en général, cette intention criminelle fera défaut ou bien elle ne sera pas prouvée (11). Contre les fautes parfois lourdes commises par négligence ou par ignorance, le citoyen n'est pas protégé. Enfin, si l'intention criminelle peut exceptionnellement être établie à la charge du fonctionnaire poursuivi, il restera encore parfois à ce dernier la ressource de se prévaloir de l'excuse absolutoire résultant de l'ordre d'un supérieur.

Ainsi donc la grosse erreur du législateur a été de qualifier uniformément crimes tous les actes arbitraires attentatoires à la liberté individuelle et de leur infliger une même peine criminelle. Peut-on d'ailleurs en l'occurrence parler d'erreur ? Il est aisé de reconnaître dans l'article 114, comme d'ailleurs dans tous les textes relatifs à la responsabilité des fonctionnaires, le désir manifeste de la part des rédacteurs du code de réduire cette responsabilité à néant, à force de l'alourdir, afin d'assurer partout et toujours la domination absolue du pouvoir gouvernemental.

L'irresponsabilité pénale dont jouissent en fait nos magistrats constitue à vrai dire une des plus lourdes tares de notre régime répressif actuel. Les pouvoirs des membres du Parquet et surtout des juges d'instruction sont immenses : ils ont entre leurs mains la personne des citoyens, leur honneur et leur vie. Nous ne songeons pas à nous insurger contre l'étendue de ces pouvoirs, parce que nous savons qu'en règle générale ils ne font usage de ceux-ci qu'à bon escient et dans le souci d'une vigilante adminis-

(11) Voir Trib. Toulouse, 21 janvier 1875, *D.* 1876-3-63. Il s'agissait en l'espèce d'un maire qui, hors le cas de flagrant délit, avait détenu pendant toute la nuit dans la prison municipale un individu, sans le faire comparaître devant aucune autorité judiciaire. L'excès de pouvoir et l'illégalité étaient donc manifestes. Le tribunal, estimant cependant que le maire avait agi sous l'empire d'une erreur sur l'étendue de son droit, exclusive de tout intention criminelle, l'a condamné à de simples dommages-intérêts.

tration de la justice. Mais il est juste que l'énormité de ces pouvoirs soit contrebalancée par la responsabilité pénale effective de ceux qui en disposent.

M. PICOT s'élevait déjà, il y a une trentaine d'années, à la Société des Prisons contre l'irresponsabilité pénale des magistrats : « La responsabilité, déclarait-il, est la condition même de la moralité des lois ; partout où l'irresponsabilité est proclamée, il y a un mal social profond, dont nous n'observons pas assez les conséquences ; nous ne nous demandons pas si certaines colères dont nous ignorons les causes ne viennent pas souvent de ces irresponsabilités terribles que par négligence, je dirais par faute lourde de la société, nous avons laissé s'incruster dans nos lois » (12). Méditées à la lumière d'événements récents, ces paroles apparaissent encore profondément actuelles et judicieuses. Elles expliquent certaines critiques aussi sévères qu'imméritées adressées au corps judiciaire français, et qui ont, sinon diminué, du moins fortement ébranlé le prestige et la considération dont nos magistrats ont toujours et à si juste titre joui dans notre pays.

Mais dans l'organisation de cette responsabilité, il faudra se souvenir que ce n'est pas contre des faits exceptionnels, contre des crimes des juges qu'on doit surtout protéger les particuliers, mais bien plutôt contre la négligence ou l'ignorance possible des magistrats, contre certaines omissions, qui, sans être commises dans l'intention de nuire, n'en sont pas moins des illégalités, contre certaines pratiques usuelles, mais arbitraires, contre les petits abus constants de l'administration judiciaire. Ces abus courants que la loi pénale ne réprime pas et que la pratique tolère finissent par passer aux yeux du public pour des mesures légales et par recevoir le même droit de cité que celles-ci.

Ce qu'il importe, pour faire cesser cet état de chose, c'est d'instituer de nouvelles sanctions pénales demeurant toujours en rapport de correspondance avec la gravité du fait délictueux. Nous ne proposons pas l'abolition de l'ar-

(12) M. PICOT : Société des Prisons, séance du 25 avril 1906, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 679.

ticle 114 ni du crime d'attentat à la liberté individuelle. Mais la peine criminelle que prévoit ce texte ne doit à notre avis sanctionner que les actes à proprement parler arbitraires, c'est-à-dire les actes légaux ou non inspirés à leurs auteurs par la malveillance pure et l'intention de nuire.

L'intention criminelle ne suffit donc pas à caractériser l'acte arbitraire tel que nous l'entendons; c'est le mobile de l'agent qu'il y a lieu de prendre en considération. Le législateur exige déjà pour la répression de quelques crimes ou délits spéciaux que l'agent ait été poussé à les commettre par certains mobiles déterminés (13). La Jurisprudence tient parfois également compte du motif d'action du délinquant; notamment en matière de diffamation, elle exige que son auteur ait agi dans un but d'animosité personnelle ou par vengeance et non pour un motif honorable. C'est à une consécration du même principe que nous voudrions voir aboutir, en matière d'atteinte à la liberté individuelle, la loi et la Jurisprudence françaises. Nous estimons en effet que si le fonctionnaire de l'ordre judiciaire use des pouvoirs que la loi lui reconnaît pour assouvir ses haines ou animosités personnelles, il mérite d'être frappé sans pitié: la dégradation civique ne constitue pas à notre sens un châtiment trop rigoureux en égard à l'énormité de sa faute.

Mais à côté de ce crime exceptionnel, seul réprimé à l'heure actuelle, il est urgent de créer une infraction et des sanctions nouvelles permettant de réprimer les fautes moins graves, à savoir les actes illégaux. C'est le plus souvent en effet par excès de zèle qu'un fonctionnaire est amené à ordonner ou à exécuter une arrestation illégale ou à prolonger au mépris d'une condition légale la détention d'un inculpé. Le mobile qui l'a déterminé à exécuter l'acte illégal n'est pas répréhensible au même degré que le mobile auquel a obéi l'auteur de l'acte purement arbitraire. Il serait donc inique de lui infliger les mêmes sanctions

(13) C'est ainsi que l'article 419 réprime les offres jetées sur le marché « à dessein de troubler les cours » et que l'art. 3 de la loi du 31 juillet 1920 sanctionne la divulgation des procédés propres à prévenir la grossesse « dans un but de propagande anticonceptionnelle ».

criminelles qu'à ce dernier. Des peines proportionnées à la gravité de sa faute n'en doivent pas moins être instituées, pour rappeler aux magistrats qui seraient tentés de l'oublier que parmi leurs obligations figure, très impérieuse, celle de respecter à tout prix les garanties légales à la liberté individuelle des justiciables.

Aussi les actes illégaux, c'est-à-dire ceux qui sont commis en dehors des cas, sans les formes ou au delà des délais établis par la loi, devraient être considérés comme de simples délits frappés de peines correctionnelles d'amende et d'emprisonnement. La répression des illégalités serait ainsi rendue bien plus facile et elle serait surtout mieux proportionnée à la culpabilité réelle des fonctionnaires qui les commettraient.

Mais le but poursuivi ne serait pas atteint, si l'intention criminelle demeurait l'un des éléments constitutifs du délit. La question de savoir si la faute involontaire ne doit donner lieu qu'à la réparation du préjudice privé subi par la victime ou si elle peut être frappée d'une peine correctionnelle a été vivement discutée. Sans doute, la plupart des délits correctionnels sanctionnés par le Code pénal sont-ils des infractions intentionnelles. Mais cette intention ne constitue pas un élément indispensable à tout délit, puisque certains actes exécutés sans que leur auteur ait eu la conscience et la volonté de violer la loi, tels que les blessures ou les homicides par imprudence, sont frappés de peines correctionnelles. La suppression de l'élément intentionnel de l'incrimination nous paraît en matière d'atteinte à la liberté individuelle particulièrement désirable. Les motifs suivants militent en faveur de la création de cette infraction non intentionnelle.

Observons tout d'abord que si la faute involontaire ne donnait lieu qu'à une réparation civile et si elle échappait à toute sanction pénale, la justice sociale ne serait pas satisfaite: comme la réparation purement civile est proportionnée, non à la gravité de la faute, mais à l'étendue du préjudice causé à la victime, des manquements graves donneraient parfois lieu à une réparation légère, alors que

des négligences insignifiantes pourraient être éventuellement suivies d'une condamnation à d'importants dommages-intérêts. L'arrestation pour quelques heures d'un puissant homme d'affaire constituerait la source d'une responsabilité pécuniaire considérable; la détention pendant une semaine d'un pauvre vagabond entraînerait le paiement d'une indemnité minime. L'avantage à ce point de vue d'une sanction pénale consiste à égaliser les responsabilités en jeu et à proportionner le châtement, non plus à l'importance du préjudice subi, mais au degré approximatif de culpabilité du délinquant.

D'autre part, l'institution d'un délit non intentionnel d'arrestation ou détention illégale, en facilitant la répression, assure aux particuliers des garanties bien plus efficaces contre des abus ou des excès de pouvoir de la part des fonctionnaires de la police judiciaire. Il est bien évident, et nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, que les justiciables sont autrement menacés dans leur liberté par des négligences, des erreurs de droit et des pratiques illégales que par de criminelles machinations exécutées dans l'intention spéciale et personnelle de nuire. Ce sera par exemple un juge d'instruction, qui décernera par mégarde un mandat de dépôt contre une personne domiciliée avant d'avoir procédé à son interrogatoire. Ou bien ce sera un magistrat du Parquet, qui omettra d'assurer l'exécution d'une ordonnance de non-lieu signée par le juge instructeur en faveur d'un inculpé détenu. Le plus souvent de telles atteintes à la liberté individuelle résultent d'une négligence du fonctionnaire judiciaire dans l'accomplissement de ses fonctions, parfois d'une inexactitude de droit ou d'une erreur grossière d'interprétation de la loi. Le magistrat n'a pas eu sciemment l'intention de méconnaître une disposition légale précise. L'intention délictueuse proprement dite fait défaut. Sa faute n'en est pas moins certaine et les répercussions de celle-ci n'en sont parfois pas moins dramatiques pour la personne qui en est la victime.

La liberté des justiciables ne dépend-elle pas du soin avec lequel le juge d'instruction remplit ses fonctions et

de la mesure de son respect pour les règles légales qui la garantissent, comme la vie des piétons dépend de la prudence du chauffeur d'auto qui les croise et de la façon dont il observe les prescriptions du code de la route. Si le chauffeur, en méconnaissant même involontairement l'une de ces prescriptions blesse ou tue un passant, il encourt une peine correctionnelle parfois lourde. Pourquoi le juge, qui, par faute de négligence ou d'ignorance, attenterait injustement à la liberté d'un justiciable, serait-il absous ? Le droit à la liberté fait au même titre que le droit à l'intégrité corporelle partie des droits fondamentaux de la personnalité humaine ; il est juste qu'ils soient l'un et l'autre assortis des mêmes garanties et que les tiers qui y portent atteinte soient frappés d'une sanction pénale proportionnée à la gravité de la faute de négligence, d'imprudence ou d'ignorance dont ils se sont rendus coupables.

Au surplus, même dans les cas où le fonctionnaire a méconnu en connaissance de cause une disposition légale, il ne manquerait pas, si l'intention criminelle formait un élément constitutif du délit, de proclamer sa bonne foi. La preuve que l'auteur de l'acte illicite connaissait en fait le texte légal et a eu la volonté expresse de le violer serait le plus souvent très difficile, sinon impossible à rapporter. Le Ministère public serait vite découragé de poursuivre des fonctionnaires que le tribunal, faute de preuve d'une intention criminelle, devrait à tout coup acquitter. A quoi servirait donc vraiment de correctionnaliser le crime actuel d'attentat à la liberté individuelle, si une impunité aussi complète que celle dont jouissent à l'heure actuelle les auteurs d'arrestations illégales continuait à leur être assurée ?

Enfin, il est permis de se demander si l'on peut même en l'occurrence parler d'infraction non intentionnelle. N'est-ce pas en effet au magistrat chargé de requérir l'application des textes légaux et d'en sanctionner la violation qu'il convient, plus qu'à tout autre, d'appliquer la vieille maxime : « Nul n'est censé ignorer la loi » ? Comment admettre qu'un juge d'instruction, qui tient entre ses

mais la fortune, l'honneur et la liberté des citoyens, puisse se retrancher derrière une étourderie ou une négligence involontaire, pour échapper à la peine qu'il encoure ? Comment croire qu'un magistrat, sur qui pèsent de telles responsabilités morales, puisse invoquer, pour se soustraire au châtement que sa faute appelle, son ignorance d'une disposition des lois mêmes à l'observation desquelles ses fonctions l'obligent quotidiennement à veiller ? Une telle ignorance, même si elle n'est pas feinte, constitue de sa part une faute impardonnable. Si l'agent ne savait pas, il devait au moins savoir qu'il commettait un délit, selon l'expression de M. GARÇON.

Si l'on se refusait à faire du délit d'arrestation et détention illégales une infraction non intentionnelle, il serait donc logique d'admettre au moins que les fonctionnaires ayant ordonné ou accompli ces actes illégaux sont présumés l'avoir fait sciemment et en connaissance de cause et il serait nécessaire de conférer à cette présomption un caractère à peu près absolu. Qu'on adopte l'un ou l'autre de ces systèmes, celui de l'infraction non intentionnelle ou celui de l'infraction présumée intentionnelle, le résultat recherché sera atteint : toutes les arrestations ou détentions illégales, ordonnées ou opérées par un fonctionnaire de la police judiciaire ou administrative, par suite de négligences dans l'exercice de ses fonctions ou d'ignorance des textes légaux, seront sanctionnées de peines correctionnelles proportionnées à la gravité effective de la faute commise.

La réforme du système répressif actuel ne serait pas encore complète, si l'on n'abolissait pas l'excuse absolutoire, dont bénéficient les agents qui ont reçu un ordre de leur supérieur. La jeu des circonstances atténuantes et la diminution ou la suppression de responsabilité résultant selon le droit commun de la contrainte morale suffiraient à protéger le fonctionnaire contre les sollicitations, pressions ou menaces, dont un de ses chefs hiérarchiques croirait devoir faire emploi à son égard, pour l'amener à commettre une atteinte illégale à la liberté d'un tiers.

Telles sont dans leurs grandes lignes les réformes qui nous paraissent susceptibles de sortir l'article 114 de la profonde léthargie dans laquelle il est plongé depuis la promulgation du Code pénal et d'assurer enfin la répression effective des arrestations et détentions illégales opérées par des fonctionnaires publics.

La majorité des auteurs se montre d'ailleurs depuis longtemps favorable à la création d'un délit d'atteinte illégale à la liberté individuelle. La Société des Prisons, lors de sa célèbre discussion de 1901 sur les garanties de la liberté individuelle, avait déjà élaboré un projet maintenant les sanctions de l'article 114 aux crimes d'arrestations ou détentions arbitraires commis par malveillance ou vengeance personnelle et créant un délit d'arrestation et détention illégales frappé des peines de trois mois à cinq ans d'emprisonnement et de cinquante à cinq mille francs d'amende (14).

L'excellente étude de la question à laquelle s'était consacrée la Société des Prisons avait suscité au début du ^{xx}^e siècle le dépôt sur le bureau de la Chambre de plusieurs propositions législatives parmi lesquelles on peut citer les propositions de RAMEL, CLÉMENCEAU, CRUPPI. Ces divers textes ne différaient de celui qu'avait adopté la Société des Prisons que sur des points de détail, notamment sur la durée de l'emprisonnement correctionnel et sur le montant de l'amende (15).

(14) Proposition de la Société des Prisons : « Toute arrestation, toute détention illégales constituent des délits. Sont illégales toutes arrestations ou détentions ordonnées, opérées ou maintenues en dehors des cas, sans les formes et au delà des délais édictés par la loi. Les magistrats, officiers de police judiciaire ou agents de la force publique qui en seront jugés responsables seront punis d'un emprisonnement de 3 mois à 5 ans ou d'une amende de 50 à 5.000 francs.

« Toute arrestation ou détention qui, tout en étant légale à raison de l'observation des prescriptions matérielles de la loi, est néanmoins arbitraire et faite par malveillance, par vengeance personnelle ou alors que le juge savait pertinemment que l'inculpé n'était pas l'auteur de l'acte incriminé, est un crime et est puni conformément à l'art. 114, al. 1. »

(15) La proposition de Ramel créait le délit d'arrestation illégale qu'elle sanctionnait d'une peine de 3 mois à 5 ans de prison et 50 à 5.000 francs d'amende. La proposition Clémenceau maintenait le crime de l'article 114, s'il y avait intention malveillante. En cas contraire, les sanctions étaient correctionnelles. Elles comportaient les peines de 3 mois à 3 ans d'emprison-

Enfin le récent projet de Code pénal français élaboré de 1931 à 1934 par une commission spéciale présidée par

M. Paul MATTER, Procureur général près de la Cour de Cassation, s'inspirant de ces divers travaux et propositions, a lui aussi, dans son article 183, transformé en un délit, puni de un à cinq ans d'emprisonnement et de l'interdiction de la plupart des droits civiques, l'acte arbitraire ou attentatoire à la liberté individuelle commis par un fonctionnaire public (16). Nous regrettons seulement que ce projet ignore la distinction entre actes illégaux et arbitraires et ne sanctionne pas ces derniers de peines criminelles.

Toujours est-il que si certaines modalités de la réforme souhaitée prêtent encore à discussion, un accord à peu près unanime entre les auteurs s'est réalisé sur le caractère inapplicable du texte actuel de l'article 114 et sur la nécessité de transformer les actes illégaux d'atteinte à la liberté individuelle en un délit correctionnel. Souhaitons que cette réforme proposée depuis plus de trente ans à l'approbation du Parlement ne tarde plus à voir le jour.

nement et 50 à 5.000 francs d'amende. La proposition Cruppi sanctionnait le délit d'arrestation ou de détention illégale de 3 mois à 2 ans d'emprisonnement et 50 à 2.000 francs d'amende.

(16) Projet de Code pénal français, art. 183: « Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du Gouvernement aura ordonné, fait ou sciemment toléré, alors qu'il avait le devoir et le pouvoir de s'y opposer, quelque acte arbitraire ou attentatoire, soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, il sera condamné à une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans et à l'interdiction des droits prévus à l'article 44. Si c'est un ministre qui a ordonné ou fait ou toléré les actes ou l'un des actes mentionnés en l'alinéa précédent, il sera puni de la détention ».

L'article 185, qui paraît faire double emploi avec l'article 183, déclare: « Seront punis d'un emprisonnement de 1 à 5 ans et de l'interdiction des droits prévus à l'art. 44 tous officiers de police judiciaire, tous magistrats du ministère public, tous juges qui auront provoqué, donné ou signé une ordonnance ou un mandat tendant à une poursuite ou arrestation interdite par les lois constitutionnelles ». *Journal officiel*, 1934, Ch. des Dép., annexe 1, n° 3351.

SECTION II

La répression spéciale de certaines arrestations ou détentions particulières

§ 1. — ARRESTATION D'UN MINISTRE OU D'UN MEMBRE DU PARLEMENT SANS LES AUTORISATIONS PRESCRITES (article 121 du Code pénal)

Le législateur a jugé nécessaire d'assurer à certains personnages par une disposition spéciale du Code pénal une protection particulière contre les poursuites ou arrestations illégales. Ces hauts fonctionnaires privilégiés sont, aux termes de l'article 121 du Code pénal, tous ceux que les articles 70 et 71 de la Constitution du 22 frimaire an VIII ne déclaraient passibles de poursuites qu'après une délibération et une autorisation spéciales du corps auquel ils appartenaient : ministres, membres des Chambres législatives et du Conseil d'Etat. Mais les ministres ont été remplacés par l'article 9 de la loi du 24 février 1875 et 12 de la loi du 10 juillet 1875 sous l'empire du droit commun, en matière d'arrestation et de poursuites pour crimes et délits ordinaires. Les tribunaux de droit commun demeurent même compétents pour connaître des crimes ou délits commis par les ministres dans l'exercice de leurs fonctions, quand la Chambre ne les met pas elle-même en accusation. L'article 121, en tant qu'il vise les arrestations et poursuites de ministres, n'est donc plus en harmonie avec les lois constitutionnelles actuelles et ses sanctions ne s'appliqueraient pas aux magistrats qui ordonneraient l'arrestation d'un ministre ou qui entameraient des poursuites contre lui.

Il faut en dire autant du membre de phrase concernant les conseillers d'Etat. Le décret du 19 septembre 1870 a supprimé la garantie administrative qui résultait pour eux et pour tous les autres fonctionnaires de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Aucune autorisation spéciale préalable à leur arrestation n'est plus requise.

Les dispositions de la Constitution de l'an VIII n'ont été maintenues qu'au profit des députés et sénateurs par l'article 14 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 (17). Les magistrats ou officiers de police judiciaire, qui auraient, sans l'autorisation préalable de l'une ou l'autre Chambre, donné ou signé l'ordre ou le mandat de saisir ou arrêter un député ou un sénateur, seraient donc aux termes de l'article 121 coupables de forfaiture et punis de la dégradation civique. Le droit d'arrestation n'est d'ailleurs plus subordonné à une autorisation préalable en cas de flagrant délit ou en dehors de la durée de session des Chambres et le magistrat, qui ordonnerait une arrestation dans l'une de ces deux dernières hypothèses, n'encontrerait donc aucune peine. Il a même été jugé qu'il n'y avait ni crime ni délit dans le fait par le Président de la Chambre d'ordonner l'arrestation d'un député à titre de mesure disciplinaire, par application d'une disposition spéciale du règlement de la Chambre (18).

Le crime de l'article 121 ne peut être commis que par un fonctionnaire de l'ordre judiciaire et notamment par les officiers de police judiciaire, les Procureurs généraux, les Procureurs de la République, les substituts et les juges. Quant à la responsabilité de l'agent qui met à exécution l'ordre d'arrestation, il faut, semble-t-il, admettre qu'elle est à couvert, celui-ci devant obéissance aux ordres de l'autorité dont il dépend et pouvant invoquer l'excuse absolutoire de l'article 114, al. 2.

L'arrestation, sous quelque forme que ce soit, d'un membre du Parlement avant autorisation est interdite. Le magistrat ne peut donc délivrer contre lui aucun mandat, même un mandat de comparution. Mais il lui demeure loisible de procéder à une enquête préalable et de recueillir

(17) Art. 14, loi du 16 juillet 1875 : « Aucun membre de l'une ou de l'autre Chambre ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ou arrêté, en matière criminelle ou correctionnelle, qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit. La détention ou la poursuite d'un membre de l'une ou de l'autre Chambre est suspendue pendant la session et pour toute sa durée, si la Chambre le requiert. »

(18) Arrêt C. Paris, 4 janvier 1881, *D.* 1882-2-179.

tous les renseignements relatifs au crime ou au délit commis.

Au fond, l'article 121 apparaît dans le chapitre de la répression des attentats à la liberté comme une disposition répressive superflétatoire. Si ce texte n'existait pas, l'arrestation d'un membre du Parlement n'en constituerait pas moins un acte illégal et attentatoire à la liberté individuelle, si elle était opérée avant que soit donnée l'autorisation prescrite par la loi de 1875, et cette arrestation illégale tomberait comme telle sous le coup de l'article 114. Encore si les peines prononcées par l'un et l'autre de ces articles différaient dans leur nature ou dans leur énergie, comprendrions-nous le rôle dévolu par le législateur à l'article 121. Mais dans les deux cas, cette peine est la dégradation civique. Aussi ne faut-il voir dans l'article 121 que le désir du législateur d'attirer particulièrement l'attention des magistrats sur le respect dû aux garanties protectrices dont les membres du Parlement bénéficient.

Il est à peine besoin de dire que, depuis la promulgation du code, l'article 121 n'a jamais à notre connaissance fait l'objet d'aucune application concrète.

§ 2. — DÉTENTION HORS DES LIEUX AFFECTÉS
AU SERVICE PÉNITENTIAIRE
(Art. 122. C. pénal)

La détention des inculpés et des condamnés ne doit se faire que dans les lieux « déterminés par le Gouvernement ou par l'Administration publique », selon la formule de l'article 122. Ces lieux légaux sont les maisons d'arrêt et de justice, les prisons centrales et les prisons départementales, les colonies pénitenciaires publiques et privées. Seules ces diverses maisons fournissent aux détenus des garanties effectives contre l'arbitraire: le contrôle des entrées y est réalisé par l'écrou inscrit sur le registre obligatoirement tenu à cet effet par le gardien-chef; ce dernier est personnellement responsable, s'il reçoit un prisonnier sans mandat ou jugement; enfin, ces établissements sont

placés sous la surveillance constante ou tout au moins périodique du Procureur de la République et de ses substituts.

Est-ce à dire que toute incarcération dans un autre lieu fasse encourir à son auteur les sanctions de l'article 122 ? Certes non. Si les maisons précitées sont seules régulièrement affectées à la garde des détenus préventifs ou des condamnés, les nécessités de la pratique obligent parfois à faire provisoirement usage à cet effet des prisons cantonales, des maisons de police municipale et même des postes de police et des chambres de sûreté de la gendarmerie (19). Un officier de police judiciaire n'excède pas ses pouvoirs en retenant provisoirement dans un de ces locaux ou même dans une maison privée un inculpé, pendant le temps strictement nécessaire à la préparation de son transfert. Il est également admis que l'individu surpris et arrêté en flagrant délit peut être conduit et déposé dans une chambre de l'Administration municipale préalablement à sa comparution devant le Procureur de la République. La personne en question ne peut être en effet incarcérée avant que le mandat de dépôt n'ait été délivré et elle reste jusqu'à ce moment sous la garde de la force publique. On ne peut donc refuser à celle-ci le droit de la déposer, en attendant, dans une chambre de sûreté, si la sécurité publique ou la garde de cette personne rendent indispensable cette mesure.

Ne pourrait naturellement non plus se prévaloir de l'article 122 le détenu transporté pour cause de maladie dans une maison de santé à la suite d'un accord intervenu entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire.

Au contraire, devrait donner lieu à application de l'article 122, le fait de retenir pendant un temps prolongé dans un lieu non affecté au service pénitentiaire des individus contre lesquels n'existe pas de mandat ou des condamnés à des peines d'emprisonnement correctionnel, si du moins

(19) Les chambres de sûreté des gendarmeries ont été créées par l'article 85 de la loi du 28 germinal an VI dans les lieux où réside une brigade de gendarmerie et qui sont dépourvus de maison de justice et de prison. Leur utilisation provisoire est donc licite.

une intention criminelle peut être relevée à la charge de leur auteur.

La peine appliquée aux fonctionnaires judiciaires, qui contreviendraient aux dispositions de l'article 122, est ici encore celle de la dégradation civique. Mais, tout aussi vain que les précédents et pour les mêmes motifs, ce texte est lui aussi dépourvu de toute application pratique.

§ 3. — DÉFAUT DE DÉNONCIATION D'UNE DÉTENTION
ILLÉGALE OU ARBITRAIRE
(Art. 120. C. pénal)

L'obligation imposée aux fonctionnaires de dénoncer à l'autorité supérieure les détentions illégales ou arbitraires de la connaissance desquelles ils seraient avisés par une réclamation légale constitue, en théorie tout au moins, une garantie préventive à la détention. Aussi, l'avons-nous déjà examinée au cours de l'étude des diverses mesures préventives protectrices de la liberté individuelle, en en signalant d'ailleurs le caractère parfaitement illusoire. Le législateur s'est bien occupé de prévenir et de réprimer les attentats commis par les particuliers, attentats aujourd'hui rares et peu à craindre, mais il s'est bien gardé de fournir à des fonctionnaires le moyen d'empêcher des abus de pouvoir de la part d'autres fonctionnaires. L'octroi aux justiciables de telles garanties eût été incompatible avec le régime des prisons d'Etat et des arrestations par mesure de haute police au cours duquel a été élaboré et promulgué le Code pénal.

Il nous paraît dans ces conditions inutile, après avoir seulement rappelé pour mémoire que la peine prévue par l'article 120 est celle de la dégradation civique, de nous étendre plus longuement sur la répression pratiquement impossible d'une infraction jamais réalisée ou qui du moins ne fait et ne pourra jamais faire l'objet d'aucune poursuite pénale.

SECTION III

La responsabilité pénale spéciale de certains fonctionnaires

Nous grouperons sous cette rubrique l'étude des quelques dispositions pénales réprimant spécialement les crimes et délits attentatoires à la liberté individuelle commis par certains fonctionnaires, qui, en raison de leur haute position hiérarchique ou de leurs attributions particulières, échappent à la répression de droit commun de l'article 114.

§ 1. — LA RESPONSABILITÉ PÉNALE SPÉCIALE DES GARDIENS DE MAISONS D'ARRÊT

Nous avons déjà eu l'occasion de noter que parmi les garanties préventives protectrices de la liberté individuelle figurait l'obligation pour les gardiens de maisons d'arrêt, de justice et de prisons de contrôler l'existence des titres de détention en vertu desquels ils écrouent les inculpés ou les condamnés, qui leur sont adressés par le Parquet. Cette obligation, qui dérive pour eux des termes de l'article 609 du Code d'instruction criminelle, est elle-même sanctionnée par l'article 120 du Code pénal. Examinons rapidement les conditions de l'incrimination — ou plutôt des incriminations de l'article 120, car elles sont au nombre de trois — leurs sanctions et leur valeur juridique et sociale.

Le premier paragraphe de l'article 120 punit les gardiens, qui auraient incarcéré un prisonnier sans mandat, sans jugement, ou sans ordre provisoire du Gouvernement. Un jugement de condamnation à l'emprisonnement constitue toujours naturellement un titre de détention. Il faut en dire autant des mandats de dépôt et d'arrêt, même si ces pièces sont irrégulières en la forme, puisque le gardien n'est chargé que de s'assurer de leur existence. Les mandats d'amener eux-mêmes doivent être considérés, depuis la loi du 8 décembre 1897, comme constituant un titre régulier de détention provisoire, ne pouvant jamais, il est vrai, excéder vingt-quatre heures.

Par contre, il faut noter que l'article 120 n'énumère pas parmi les titres réguliers autorisant la détention dans une maison d'arrêt ou une prison, le billet d'écrou, cette pièce extra-légale, par laquelle, suivant une pratique longtemps incontestée, les officiers du Ministère public autorisaient l'entrée et le court séjour d'un individu arrêté dans une prison, jusqu'à ce qu'il pût être interrogé. La délivrance des billets d'écrou a d'ailleurs été formellement interdite aux Parquets par une circulaire de la Chancellerie du 2 août 1905. Au cas où un individu est arrêté en flagrant délit, où le Procureur de la République juge indispensable d'ouvrir une information et où le juge d'instruction est absent ou empêché de procéder immédiatement à l'interrogatoire, c'est dans un local autre qu'une prison, chambre de sûreté de la gendarmerie ou poste de police, que le prisonnier doit donc être retenu en attendant sa comparution.

En ce qui concerne « les ordres provisoires du Gouvernement », cette formule autorisait avant 1933 les détentions administratives précédant les arrestations judiciaires. Elle était donc équivoque et par suite dangereuse. Elle ne pouvait plus en tous cas subsister telle quelle après l'abrogation de l'article 10 du Code d'instruction criminelle. Mais il reste encore quelques cas où la détention préventive peut avoir lieu sur l'ordre d'une autorité administrative. C'est d'abord le cas où un étranger va être expulsé; c'est ensuite celui où s'instruit une demande d'extradition. Aussi la loi du 7 février 1933 a-t-elle heureusement précisé et délimité le sens qu'elle entendait désormais donner à cette formule, en la faisant précéder du membre de phrase « ou quand il s'agira d'une expulsion ou d'une extradition ». Elle ne concerne donc plus exclusivement que les étrangers.

La deuxième incrimination prévue par l'article 120 est constituée quand le gardien refuse de représenter l'inculpé à un officier de police judiciaire. Cette disposition sert de sanction à l'article 618 du Code d'instruction criminelle. La seule excuse que puisse faire valoir le gardien est la défense écrite du Procureur de la République de représen-

ter le détenu. Il faut d'ailleurs se garder de confondre cette défense spéciale avec l'ordre de mise au secret pur et simple émanant du juge d'instruction. La simple défense de communiquer ne concerne que les particuliers et non les personnes investies de la surveillance des prisons. Elle n'interdit donc pas au gardien de présenter le détenu à l'officier de police.

Enfin le gardien-chef encourt les mêmes sanctions, s'il refuse d'exhiber le registre d'écrou à l'officier de police qui l'en requière. Mais il faut remarquer que la tenue irrégulière du registre et l'inobservation des articles 607, 608 et 610 du Code d'instruction criminelle, qui déterminent les mentions à y porter, ne sont que des simples contraventions. C'est seulement le refus de présentation du registre qui constitue le délit de détention arbitraire.

Rappelons au surplus que l'article 120 sanctionne, aux termes de l'article 2 de la loi de 1897, l'inobservation des prescriptions que cette loi impose aux gardiens-chefs. Si ceux-ci ne conduisaient donc pas devant le Procureur de la République au bout de vingt-quatre heures les individus qu'ils ont écroués sous mandat d'amener, ils encourraient les peines de l'article 120. Mais le délit doit être commis intentionnellement. Une simple négligence de la part du gardien n'engagerait pas sa responsabilité pénale et il est permis de penser qu'en pareille matière la faute non intentionnelle est infiniment plus fréquente que l'infraction commise avec la conscience et la volonté d'enfreindre les prescriptions de la loi. Aussi les sanctions de l'article 120 ne jouent-elles en pratique jamais.

La loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, assimilant sur ce point les directeurs d'asiles à des gardiens de prisons, les menace, dans son article 30, des peines de l'article 120, s'ils renaient une personne placée dans leur établissement, après que sa sortie a été ordonnée par le Préfet ou par le Tribunal dans les conditions prescrites par la loi.

Les peines édictées par l'article 120, sanctionnant l'une quelconque de ces incriminations, sont l'emprisonnement de six mois à deux ans et l'amende de seize à deux cents

francs. Cette responsabilité pénale, qui pèse ainsi sur ces modestes fonctionnaires judiciaires que sont les directeurs ou gardiens-chefs des maisons d'arrêt, paraît à certains auteurs bien lourde. Mais les attentats à la liberté individuelle deviendraient à peu près impossibles à commettre, si les agents du service pénitentiaire se refusaient à incarcérer les individus illégalement appréhendés.

Au surplus, si un gardien négligeait un jour d'assurer ce contrôle et effectuait ainsi une incarcération arbitraire, il serait peut-être difficile de déterminer quelle autorité a donné, signé, ou falsifié l'ordre illégal de détention. Le gardien-chef par contre demeure facile à trouver et à poursuivre. Au cas où, de complicité avec l'auteur de l'acte attentatoire à la liberté individuelle ou du moins en connaissance de cause, il a écroué arbitrairement un individu, sa responsabilité pénale est bien directement engagée. Si l'incarcération a été effectuée sans les conditions requises, par suite d'une négligence certaine et injustifiée du gardien dans l'exécution de son service de contrôle, il est aussi à notre avis passible des sanctions de l'article 120. La loi lui impose personnellement et impérativement l'obligation de ne pas écrouer un individu sans titre de détention. S'il ne prend pas toutes dispositions utiles pour éviter un écrou arbitraire, à lui d'en répondre devant les tribunaux répressifs.

Le nouveau projet de Code pénal français édicte contre les gardiens-chefs, dans son article 184, des peines à peu près semblables à celles de l'article 120 actuel (20). Mais il élargit quelque peu l'incrimination, en sanctionnant de ces peines, soit le fait pour le fonctionnaire préposé à la garde d'une prison d'avoir incarcéré un individu sans ordre de l'autorité compétente, soit le fait d'avoir de façon

(20) Projet de Code pénal français, art. 184: « Sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de vingt-cinq à cinq cents francs le fonctionnaire public préposé à la garde d'une prison ou d'un établissement destiné à l'exécution des mesures de sûreté, qui aura reçu un prisonnier ou interné sans ordre de l'autorité compétente ou n'aura pas obéi à l'ordre de libération donné par cette autorité ou aura de façon quelconque indûment prolongé la durée de la détention. »

quelconque indûment prolongé la durée de la détention. Cette formule, plus large et plus simple que celle de l'article 120, permet d'embrasser dans une même répression tous les actes arbitraires et illégaux commis par un directeur de prison dans l'exécution de son service pénitentiaire.

§ 2. — LA RESPONSABILITÉ PÉNALE SPÉCIALE DES MINISTRES

Le législateur a estimé à juste raison que la gravité des attentats à la liberté individuelle dépendait dans une certaine mesure de l'étendue des pouvoirs du fonctionnaire qui s'en rendait coupable. S'il est évidemment difficile de graduer les peines selon le rang exact qu'occupe l'auteur du crime dans la hiérarchie judiciaire, il paraît tout au moins juste de frapper d'un châtement plus rigoureux ceux qui, chargés de la direction et de la discipline des agents de l'Etat, donnent à leur personnel l'exemple de l'arbitraire.

Aussi, l'article 115 du Code pénal fait-il de la qualité de ministre une circonstance aggravante du crime prévu par l'article 114. Les éléments et conditions de l'incrimination sont les mêmes. Il n'y a plus lieu en effet de tenir compte des invitations que le sénatus-consulte du 28 floréal an XII prescrivait à la Commission sénatoriale de la liberté individuelle d'adresser au Ministre, avant que celui-ci put être poursuivi, puisque ce système a été abrogé par la Charte du 4 juin 1814. Seule aujourd'hui la peine diffère : au lieu d'être la dégradation civique, c'est le bannissement. Aucun ministre n'a d'ailleurs jamais fait de ce chef l'objet d'une condamnation de cette nature.

Les ministres prévenus d'avoir ordonné l'acte arbitraire sont, aux termes de l'article 116, autorisés pour se disculper à prouver que leur signature a été surprise et à dénoncer l'auteur de cette surprise. Ces dispositions de l'article 116 n'établissent pas au profit du ministre une excuse légale analogue à celle résultant de l'ordre d'un supérieur, mais bien un véritable fait justificatif. Le crime lui-même

n'existe pas. Le ministre, qui prouvera que sa signature a été surprise, ne pourra faire l'objet ni d'une condamnation ni même d'une poursuite. Il faut d'ailleurs décider, les travaux préparatoires de l'article 116 ne laissant aucun doute à ce sujet, que tout fonctionnaire dont la signature a été surprise peut se prévaloir de ce fait justificatif.

Mais si une personne, fonctionnaire ou simple particulier, au lieu de surprendre la signature d'un ministre, l'imitait et parvenait ainsi à faire arrêter ou détenir quelqu'un, il y aurait, selon le droit commun, faux en écriture publique puni de cinq à vingt ans de travaux forcés. Mais le législateur, pensant que le faux, qui a servi à commettre un des attentats de l'article 114, est particulièrement répréhensible, en a fait un crime d'une nature spéciale qu'il a frappé de peines plus fortes. L'article 118 décide que l'auteur de ce faux sera puni des travaux forcés à temps dont le maximum sera toujours appliqué.

§ 3. — LA RESPONSABILITÉ SPÉCIALE DES GREFFIERS

Le Code d'instruction criminelle sanctionne, dans son article 112, alinéa 1^{er}, d'une amende de cinquante francs l'inobservation par les greffiers des formalités prescrites pour les mandats. Quoique cette amende doive être considérée comme une peine civile, nous croyons devoir en faire mention dans l'étude des mesures répressives. Une amende même civile présente toujours en effet bien plus d'analogie avec des sanctions pénales qu'avec des mesures réparatrices purement civiles, telle qu'une condamnation à des dommages-intérêts proportionnés au préjudice subi par la victime. A l'égard du greffier qu'elle frappe, cette amende par son but, sa portée et son résultat présente tous les traits d'une véritable peine.

Il est cependant important de souligner le caractère civil de cette amende. D'une part, en effet, l'intention délictueuse n'est pas requise de la part de l'auteur de l'irrégularité. Une simple imprudence, négligence ou omission involontaire suffit, puisque l'irrégularité ne constitue pas

un délit, à motiver l'amende. D'autre part, le Tribunal civil sera seul compétent pour la prononcer, après que le greffier aura été cité à la requête du Procureur de la République. Quant à l'amende encourue, elle est, nous dit l'article 112, de cinquante francs au moins. Mais les pénalités même civiles ne devant pas être arbitraires, le minimum indiqué ne peut, en l'absence d'un chiffre maximum, être dépassé. L'amende est donc fixe. Elle ne peut naturellement faire l'objet, en raison de son caractère civil, d'aucune circonstance atténuante ni d'aucun sursis.

Si cette amende atteint spécialement les greffiers, rappelons qu'elle peut aussi être encourue par les juges d'instruction et les Procureurs de la République. La loi du 7 février 1933 a même décidé que les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 112 étaient étendues à toute violation des mesures protectrices de la liberté individuelle prescrites par le Code d'instruction criminelle. Cette nouvelle disposition est intéressante, parce qu'elle permet de sanctionner, bien légèrement il est vrai, les atteintes à la liberté individuelle commises par des fonctionnaires de la police judiciaire sans intention criminelle proprement dite. On peut y voir un premier pas très timide dans la voie de la création d'un délit d'arrestation et de détention illégales.

CHAPITRE II

LA MISE EN ŒUVRE

DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES AUTEURS D'ARRESTATIONS ET DÉTENTIONS ARBITRAIRES RÈGLES DE POURSUITE ET DE COMPÉTENCE

On ne peut songer à assujettir les officiers de police judiciaire et notamment les magistrats aux règles de poursuite et de compétence pénales de droit commun. La nature de leur mission, la conscience et la fermeté même avec laquelle ils l'accomplissent en général les exposent au ressentiment et à la vengeance des justiciables. Un juge d'instruction, en réunissant les éléments d'une inculpation, s'attirera facilement des haines qui se traduiront par des dénonciations injustes d'un crime ou d'un délit imaginaire. Il ne faut pas que les condamnés puissent faire à leur gré asseoir à leur place sur le banc qu'ils quittent ceux qui viennent de les inculper ou de les juger. Il importe donc, d'une part, de protéger les magistrats contre des poursuites vexatoires.

D'autre part, il convient, en raison des fonctions de l'inculpé, de le soustraire à la juridiction de droit commun, devant laquelle il aurait pu bénéficier d'une impunité scandaleuse ou tout au moins d'une partialité inadmissible : un magistrat ne peut être jugé sans prévention par le tribunal même dont il fait partie ou par des collègues avec lesquels il est en rapports professionnels constants. Aussi, le législateur, soucieux d'assurer aux magistrats des garanties contre ce qu'on pourrait appeler les risques de la pro-

fession, a-t-il édicté en leur faveur des règles de poursuite et de compétence spéciales.

Mais à force de vouloir protéger les magistrats contre des poursuites sans fondement, il ne faut pas aboutir à créer, entre le justiciable, victime d'un acte arbitraire, et le magistrat qui en est l'auteur, une montagne d'obstacles à la mise en œuvre de sa responsabilité pénale telle qu'elle décourage les plus intrépides procéduriers.

Nous allons donc examiner d'abord les règles spéciales de poursuite et de compétence, qui s'appliquent aux fonctionnaires de la police judiciaire ou administrative, auteurs d'arrestations ou détentions arbitraires; après quoi, nous rechercherons si ces règles dérogoient au droit commun n'assurent pas à ceux qu'elles entendent protéger des garanties incompatibles avec le jeu normal de leur responsabilité pénale, telle qu'elle est édictée par les textes légaux.

SECTION I

Etude des règles légales de poursuite, d'instruction et de compétence

Les règles légales varient selon la qualité de l'auteur de l'arrestation ou de la détention arbitraire. Distinguons donc plusieurs hypothèses.

§ 1. — L'AUTEUR DE L'ACTE ARBITRAIRE EST UN MAGISTRAT OU UN OFFICIER DE POLICE JUDICIAIRE

Dans ce cas, le particulier lésé ne peut jamais mettre l'action publique en mouvement, en se constituant partie civile devant le juge d'instruction et il ne dispose pas non plus, même si le fait attentatoire à sa liberté ne constitue qu'un délit, de la faculté de citer directement le magistrat qui en est l'auteur devant le tribunal répressif compétent. Tout ce que peut faire la victime d'une arrestation ou détention arbitraire, c'est de déposer une plainte entre les mains du Procureur général ou du premier Président de la Cour.

Les poursuites ne peuvent être engagées que par le Procureur général. Ce haut magistrat apprécie en toute souveraineté si la plainte ou la dénonciation qui lui est adressée lui paraît fondée et s'il est utile ou opportun de prendre des réquisitions tendant à l'ouverture d'une information. Il est donc pourvu à l'encontre des justiciables, et sans aucun recours possible de leur part, de l'arme redoutable du classement sans suite. Son inaction constitue un obstacle infranchissable à la mise en œuvre de la responsabilité pénale du magistrat coupable d'avoir commis un acte arbitraire attentatoire à la liberté individuelle.

Supposons cependant que le Procureur général se décide à engager des poursuites. S'il s'agit d'un crime, ce qui sera le cas le plus fréquent en matière d'attentat à la liberté individuelle, il exercera alors lui-même les attributions du Procureur de la République. Quant aux fonctions de juge d'instruction, elles seront tenues par le premier Président de la Cour : lui seul aura en principe le droit de décerner des mandats et de faire tous actes d'information. Ces deux hautes autorités judiciaires pourront d'ailleurs, chacune en ce qui la concerne, désigner un autre magistrat pour remplir le rôle qui leur est confié, et en pratique, elles usent presque toujours de cette faculté de délégation. Mais même s'ils délèguent leurs fonctions, le premier Président et le Procureur général n'en conservent pas moins leur caractère de juge d'instruction et d'officier du Ministère public ; aussi, est-ce à eux qu'il appartient d'examiner la procédure et de saisir la Chambre des Mises en accusation, comme s'ils avaient procédé en personne à l'instruction.

Notons cependant que la décision prise par le premier Président pour clôturer l'instruction n'est susceptible d'aucun recours devant la Chambre des Mises. La Jurisprudence estime qu'il ne convient pas que les actes du premier Président soient discutés et infirmés par ses subordonnés.

Si le crime avait été commis par un Procureur général, un de ses substituts ou un membre d'une Cour d'appel, ce serait au Garde des Sceaux qu'il appartiendrait d'en

recueillir la dénonciation. Ce dernier, saisi de la connaissance du crime, donnerait, « s'il y a lieu », ordre au Procureur général près la Cour de Cassation de le poursuivre (art. 486, C. instr. crim.). L'instruction serait alors dirigée par le premier Président de la Cour suprême.

Ainsi, le Ministre de la Justice estime, avec une liberté d'appréciation plus grande encore que celle dont jouit le Procureur général dans les hypothèses précédentes, s'il convient ou non de mettre en mouvement l'action publique. Les poursuites sont donc plus aléatoires encore que dans les cas précédents, car de toute évidence la décision du Ministre dépend de bien d'autres facteurs et circonstances que du seul point de savoir si les agissements qui lui sont dénoncés constituent bien l'un des crimes des articles 114 et suivants.

Pour déterminer quel est le tribunal compétent pour connaître des infractions commises par un magistrat ou un officier de police judiciaire, il faut distinguer le régime antérieur à la loi du 24 février 1934 et le régime institué par cette nouvelle loi.

Avant 1934, les magistrats bénéficiaient d'un privilège de juridiction. Au lieu d'être jugés par le Tribunal correctionnel normalement compétent, ils l'étaient par la Cour d'appel dans le ressort de laquelle se trouvait ce tribunal. Si le délinquant était un membre d'une Cour d'appel, la Cour de Cassation après instruction saisissait de l'affaire une Cour autre que celle de laquelle faisait partie le prévenu. Ce privilège de juridiction privait naturellement les magistrats à qui il était conféré du bénéfice du double degré de juridiction.

Il n'était au surplus institué qu'en faveur du magistrat qui s'était rendu coupable d'un simple délit. Si ce dernier était accusé d'avoir commis un crime, et notamment un crime d'attentat à la liberté individuelle, il était traduit devant la Cour d'assises compétente selon le droit commun, c'est-à-dire le plus souvent devant la Cour dans le ressort de laquelle il exerçait ses fonctions. C'étaient ses collègues de la veille, devant lesquels l'auteur de l'acte arbitraire était

amené à comparaître et à répondre du crime, objet de l'accusation.

La loi du 24 février 1934 a heureusement mis fin à cet état de chose. Si l'infraction commise est un délit, les nouveaux articles 483 et 479 du Code d'instruction criminelle décident que « le premier Président de la Cour d'appel, sur réquisition du Procureur général, désignera, pour connaître des poursuites, un tribunal du ressort de la Cour autre que celui dans le ressort duquel le prévenu exerce ses fonctions ». Une information régulière peut alors être ouverte par le juge d'instruction du tribunal désigné pour statuer sur l'affaire et une constitution de partie civile devient dès cette désignation possible. Le délinquant, après sa condamnation, recouvre enfin son droit d'exercer un recours normal devant la Cour d'appel.

Si les faits constituent un crime, la loi de 1934 a ajouté un nouvel alinéa à l'article 480, décidant conformément à la logique que l'accusé sera renvoyé devant une Cour d'assises autre que celle dans le ressort de laquelle il exerce ses fonctions. Les risques de partialité et de prévention de la part des magistrats composant la Cour sont donc réduits au minimum.

§ 2. — L'AUTEUR DE L'ACTE ARBITRAIRE

EST UN AGENT ADJOINT DE LA POLICE JUDICIAIRE

Ces agents n'ont pas droit, au cas de crime commis dans l'exercice de leurs fonctions, aux garanties spéciales de l'article 484 du Code d'instruction criminelle. L'individu arbitrairement arrêté par l'un de ces agents et notamment par un gendarme, peut donc déposer une plainte entre les mains du Procureur de la République compétent pour la recevoir.

L'information sera ouverte et menée conformément aux principes de droit commun. Il n'y a aucune dérogation non plus aux règles ordinaires de compétence.

§ 3. — L'AUTEUR DE L'ACTE ARBITRAIRE
EST UN FONCTIONNAIRE DE LA POLICE ADMINISTRATIVE

Nous avons déjà vu que l'autorisation préalable du Conseil d'Etat, à laquelle l'article 75 de la Constitution de l'an VIII subordonnait l'exercice de poursuites contre les fonctionnaires administratifs, pour des faits relatifs à leurs fonctions, a été supprimée par le décret du 19 septembre 1870. Avant cette date, la faculté de poursuivre devant les tribunaux judiciaires, qui sont les gardiens naturels de la liberté individuelle, les agents de la part desquels il y a particulièrement lieu de redouter des attentats contre ces libertés était donc sérieusement entravée. Le refus d'autorisation de poursuivre leur assurait une totale impunité.

Depuis 1870, il n'en va plus ainsi. Un agent du Gouvernement peut, dans les mêmes conditions que tout particulier, être poursuivi et traduit sous l'inculpation d'attentat à la liberté devant un tribunal répressif. Le principe de la séparation des pouvoirs ne peut entraver l'exercice de l'action publique.

Une difficulté dans l'interprétation des textes légaux subsiste cependant, en ce qui concerne les préfets. Ils n'ont pas la qualité d'officiers de police judiciaire. Aussi, le nouvel article 479 a-t-il pris soin de mentionner spécialement qu'en matière de crimes et délits commis hors de leurs fonctions les préfets bénéficieraient dans la poursuite, l'instruction et le jugement de l'affaire des mêmes règles dérogoires au droit commun que les magistrats et officiers de police judiciaire. Au contraire, les articles 484 et 485, qui concernent les crimes et délits commis au cours de l'exercice des fonctions de l'inculpé, ne mentionnent pas les préfets dans l'énumération des fonctionnaires jouissant de garanties spéciales.

Est-ce à dire qu'au cas d'arrestation ou détention arbitraire un préfet ne puisse prétendre au bénéfice de ces garanties ? Il serait difficile de le soutenir. La catégorie de fonctionnaires faisant l'objet de règles de procédure

déroatoires au droit commun, pour crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, est plus large que celle à laquelle des garanties sont accordées pour infractions accomplies hors de leurs fonctions. Et cela est logique. Pourquoi donc seuls les préfets ne seraient-ils protégés que dans ce dernier cas? S'ils ne doivent pas être jugés par un tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions pour une infraction de droit commun, à fortiori ne doivent-ils pas comparaître devant ce tribunal, lorsque le crime ou le délit dont ils sont inculpés est la conséquence d'un abus ou d'un excès de pouvoir.

Au fond, si les rédacteurs de la loi du 24 février 1934 n'ont pas jugé utile d'introduire les préfets dans l'énumération des personnes bénéficiant de règles de poursuite et de compétence spéciales pour crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, c'est sans doute parce que la loi du 7 février 1933 venait de supprimer toutes leurs attributions de police judiciaire. A présent que la loi du 25 mars 1935 les leur a partiellement restituées, il est nécessaire, dans l'intérêt même des victimes d'actes arbitraires, de reconnaître aux préfets les mêmes garanties et privilèges juridictionnels qu'aux officiers de police judiciaire. Si l'on admet cette solution, seule compatible avec l'administration d'une bonne justice, on doit décider qu'un préfet, qui a effectué une arrestation ou une détention arbitraire, ne peut pas être jugé par un Tribunal ou une Cour de son département. Les membres de ces juridictions ne jouiraient pas de l'indépendance d'esprit et de la liberté d'appréciation requises de la part de juges.

§ 4. — L'AUTEUR DE L'ARRESTATION EST UN MINISTRE

La Constitution de l'an VIII conférait aux ministres des garanties plus sûres encore que celles dont bénéficiaient les agents de l'Administration. Les ministres ne pouvaient être poursuivis, sous l'empire de cette Constitution, pour les crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, qu'après dénonciation du Tribunal et ne pouvaient être mis en accusation que devant le Sénat.

Ces dispositions ont été abrogées par l'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, qui déclare: « Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des Députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat. » Les termes de cet article paraissent d'ailleurs laisser subsister, à côté de la compétence sénatoriale, celle des tribunaux de droit commun, au cas où la Chambre des Députés, qui a seule l'initiative de la mise en accusation, laisserait passer l'affaire. C'est du moins l'opinion qui a prévalu en jurisprudence. La compétence de la Haute-Cour étant donc facultative, la Chambre peut apprécier avec une entière indépendance si le crime imputé au ministre est de telle nature qu'il doive être soumis à la juridiction du Sénat.

Dans l'hypothèse d'un crime attentatoire à la liberté d'un particulier, les intérêts lésés n'apparaîtraient probablement pas à la Chambre d'une importance suffisante pour la décider à saisir la Haute-Cour. Le ministre devrait alors être inculqué d'un des crimes prévus par la loi pénale, traduit devant une juridiction répressive de droit commun et condamné par cette dernière aux peines dont les textes du Code sanctionnent le crime dont il serait reconnu coupable.

Supposons au contraire, puisque la chose demeure possible, que le Sénat soit saisi par la Chambre de la connaissance d'un acte arbitraire gravement attentatoire à la liberté individuelle, commis par un ministre dans l'exercice de ses fonctions. Dans ce cas, certains juristes estiment que la Haute-Cour serait liée d'une façon aussi étroite qu'une juridiction de droit commun par le vieux principe de droit criminel: « Nulla poena sine lege » (1).

Mais une autre école considère au contraire que cette haute juridiction politique n'aurait aucunement l'obligation de s'en tenir aux qualifications et aux pénalités prévues par la loi pénale; elle aurait le pouvoir de qualifier elle-même les faits qui lui sont soumis, en leur reconnais-

(1) C'est la thèse défendue par MM. DUGUIT et CHAVEGRIN.

sant le caractère de crime et de les punir d'une peine quelconque appropriée à leur gravité (2). Cette dernière opinion semble avoir été définitivement adoptée par la Haute-Cour elle-même (3).

Mais si elle avait à juger un crime d'attentat à la liberté individuelle, qui ne met pas en jeu d'intérêt public et qui est expressément réprimé par un texte spécial du Code, il est très probable que la Haute-Cour, malgré le pouvoir souverain qu'elle se reconnaît, respecterait alors le principe de la légalité des peines.

SECTION II

Critique du système légal

Depuis la loi du 24 février 1934 abolissant le privilège de juridiction, il ne subsiste plus, en matière de poursuites de magistrats ou d'officiers de police judiciaire que deux grandes dérogations au droit commun : d'abord, le droit exclusif accordé au Procureur général de mettre l'action publique en mouvement, ensuite, le pouvoir conféré au premier Président de désigner le tribunal du ressort de sa Cour, qui sera compétent pour connaître de l'affaire. Cette faculté de désignation du tribunal compétent, accordée par la loi au premier Président, nous paraît pleinement justifiée ; il est bien évident qu'il est impossible de faire comparaître un juge devant le tribunal dont il fait partie.

Mais le droit de poursuite du Procureur général appelle au contraire certaines observations. Nous avons déjà dit que le particulier lésé par des agissements arbitraires de

(2) Cette opinion était déjà celle de Benjamin CONSTANT (Voir son Cours de Politique constitutionnelle, t. II, p. 386 et s.). Elle avait été légalement consacrée par l'acte additionnel aux constitutions de l'Empire du 10 avril 1815 et adoptée par la Cour des Pairs dans le procès des ministres de Charles X en 1830.

Depuis la Constitution de 1875 qui ne se prononce ni dans un sens ni dans l'autre, cette thèse est soutenue par MM. HAURIQU, BARTHÉLEMY et ROUX. C'est également l'opinion à laquelle vont, nous l'avouons, nos préférences.

(3) Voir Arrêts Haute-Cour, 28 janvier et 6 août 1918, Affaire Malvy, S. 1920-2-33. La Haute-Cour a, dans cette affaire, qualifié de forfaiture des faits non visés par les articles 166 et 167 du Code pénal et les a punis de bannissement que ne prévoient pas ces textes.

la part d'un juge ou d'un officier de police judiciaire ne dispose par lui-même d'aucun moyen d'amener devant la juridiction répressive le magistrat coupable: la constitution de partie civile devant le juge d'instruction est absolument impossible et la citation directe interdite. Le sort de la poursuite est entre les mains du Procureur général, qui se prononce en toute discrétion.

Or, la responsabilité pénale des magistrats et la défense des droits individuels resteront, à notre sens, un leurre, tant que l'exercice des poursuites demeurera subordonné à la volonté d'un seul homme et d'un homme, qui, par la nature de ses fonctions, n'est pas à l'abri des soupçons d'arbitraire. Le Procureur général est le bras du Gouvernement dans la Justice, et, ne jouissant ni de l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, ni de l'inamovibilité des magistrats du siège, il peut être tenté de se faire l'exécuteur docile d'ordres venus d'en haut, en classant une plainte fondée ou en étouffant un abus de pouvoir flagrant d'un de ses subordonnés.

L'intéressé, qui se heurterait à l'inaction voulue du Procureur général, pourrait sans doute adresser une plainte au Garde des Sceaux. Mais le ministère ferait probablement à la plainte le même sort que le Procureur général. Il ne resterait plus alors à la victime lésée que la ressource de faire appel à l'opinion publique par la voie de la presse. Mais, outre qu'une campagne de presse constitue un moyen d'action peu juridique et incertain, elle donnera lieu, si elle atteint ses fins, à un scandale bien plus éclatant que celui auquel le Parquet s'était efforcé de parer en classant l'affaire sans suite. En toute hypothèse, l'imagination du public sera frappée, les passions politiques s'emparement du fait, le grossiront, l'exploiteront contre les hommes ou contre les institutions et, avec les généralisations hâtives de la foule, c'est l'honorabilité du corps judiciaire tout entier qui se trouvera frappée de discrédit. L'opinion publique aura la désastreuse impression que les magistrats jouissent d'une impunité totale et peuvent se livrer dans l'exercice de leurs fonctions aux actes les plus arbitraires sans crainte d'être inquiétés.

Laisser le Procureur général seul et unique maître des poursuites nous paraît donc constituer un moyen de vexation intolérable et un privilège dangereux pour ses bénéficiaires eux-mêmes. Il convient donc de l'abroger. Les articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle organisent, a-t-on pu dire, « le déni de justice mis à la disposition du Parquet » (4).

On ne peut cependant songer à conférer à la partie lésée le droit d'engager par citation directe les poursuites contre les magistrats ou de mettre d'elle-même par quelque autre moyen l'action publique en mouvement : le service judiciaire en serait sérieusement troublé et de fréquents abus en résulteraient. Entre le particulier qui se prétend lésé et l'agent de l'autorité publique, auteur de l'acte arbitraire, doit de toute nécessité s'interposer une autorité qui examinera les plaintes sans passion et arrêtera celles qui sont inconsidérées ; mais cette autorité doit être indépendante et sa décision doit être entourée de certaines garanties.

Ces garanties doivent être d'une nature et d'une étendue variables selon la qualité de l'agent poursuivi. Il est, en effet, surprenant de songer que sous l'empire du système légal actuel un garde forestier ou un simple garde particulier assermenté jouissent, en leur qualité d'officiers de police judiciaire, des mêmes avantages et privilèges qu'un haut magistrat et ne peuvent être poursuivis à raison d'un délit commis dans l'exercice de leurs fonctions que par le Procureur général lui-même !

Il faut de toute évidence priver ces agents de ces prérogatives aussi inutiles que ridicules en égard à la nature de leurs fonctions et à la portée strictement limitée de leurs pouvoirs sur la liberté d'autrui. Aussi estimons-nous souhaitable l'adoption du système suivant, qui classe en trois catégories les divers agents de la police judiciaire et leur accorde des garanties proportionnées à l'importance de leurs attributions et de leurs pouvoirs en matière de liberté individuelle.

(4) Rapport Lacoïn, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 402.

Quand le coupable est un agent de police, un gendarme ou un brigadier, un commissaire de police, un gardien de maison de détention, un garde-champêtre ou un garde forestier, le plaignant présenterait sa requête au Président du Tribunal et se constituerait, s'il le désirait partie civile. Si la requête était rejetée, il pourrait faire appel de l'ordonnance de rejet devant la Chambre des Mises en accusation. Si elle était admise, le Tribunal correctionnel le plus voisin désigné par la Chambre des Mises, ou la Cour d'assises au cas de crime, serait compétent pour connaître de l'affaire.

Si le coupable était un juge de paix, un magistrat du Tribunal de première instance, un officier du ministère public près de ce Tribunal ou un préfet, ce serait le premier Président de la Cour d'appel qui serait appelé à statuer sur la demande de poursuite correctionnelle; ce serait entre ses mains que la partie lésée pourrait déposer sa plainte et se constituer partie civile. Le premier Président ne prendrait pas sa décision en toute discrétion, mais il devrait, s'il refusait de poursuivre, rendre une ordonnance motivée par les raisons précises qui l'auraient amené à prendre ce parti et répondant aux griefs d'illégalité invoqués. Appel de l'ordonnance du premier Président serait recevable devant la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation. Si cette juridiction infirmait la décision du premier Président, l'inculpé serait, après instruction, renvoyé devant un Tribunal ou une Cour d'assises autres que ceux dans le ressort desquels il exerce ses fonctions (5).

Enfin, quand le coupable est un premier Président ou un conseiller à la Cour d'appel, un Procureur général ou un de ses substituts, la requête serait présentée au Président de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation. Si elle était rejetée, appel en pourrait être porté devant la Cour

(5) Ce système est à peu près celui qu'avait adoptée la Société des Prisons, lors de sa discussion sur les garanties de la liberté individuelle. Voir Rapport Lacoïn, *Revue pén.*, 1901, p. 1176. Certaines propositions de lois, notamment les propositions Barrot et Clémenceau, préconisent une réforme semblable.

de Cassation statuant toutes Chambres réunies. Au cas où la Cour jugerait qu'il y a lieu à poursuite, les règles légales actuelles en matière d'instruction et de compétence devraient être maintenues et recevoir application.

Tous autres fonctionnaires que ceux dont nous venons de donner l'énumération devraient, s'ils s'étaient rendus coupables d'une arrestation ou d'une détention arbitraire dans l'exercice de leurs fonctions, être poursuivis devant les tribunaux répressifs dans les mêmes conditions que des simples particuliers.

Tel est le système de poursuites auquel vont nos préférences. Il nous paraît en mesure d'assurer le cas échéant la mise en œuvre des quelques textes inappliqués de notre Code relatifs à la responsabilité pénale des magistrats. Il concilie heureusement en tout cas le respect dû aux droits individuels et les garanties auxquelles les magistrats doivent prétendre dans l'exercice de leurs hautes et parfois périlleuses fonctions.

CHAPITRE III

LA SURVEILLANCE ET LES SANCTIONS DISCIPLINAIRES

Outre les sanctions pénales proprement dites, sur le caractère inapplicable desquelles il n'est plus permis de se faire aucune illusion, les magistrats et officiers de police judiciaire peuvent encourir, pour fautes graves commises dans l'exercice de leurs fonctions, des sanctions disciplinaires. Un même acte attentatoire à la liberté d'un justiciable peut constituer à la fois un crime ou un délit qualifié tel par la loi pénale, un fait préjudiciable à autrui et une infraction au devoir professionnel, et par suite donner ouverture à trois actions, l'action publique dans l'intérêt de la société, l'action civile au profit du particulier qui a été lésé, enfin l'action disciplinaire dans l'intérêt du corps auquel appartient le coupable.

Le magistrat poursuivi devant les tribunaux répressifs de droit commun, pour y répondre d'un crime ou d'un délit déterminé prévu par le Code pénal, sera dans le même temps traduit devant une juridiction disciplinaire, pour y répondre de la faute qu'il a commise contre les devoirs et les règles de sa profession. Les deux actions, l'action pénale et l'action disciplinaire, naissent des mêmes faits délictueux, mais ces faits ne sont pas envisagés sous le même point de vue par les deux juridictions. Tandis que la juridiction pénale s'attache seulement à déterminer si les éléments constitutifs de l'infraction, telle qu'elle est définie par la loi pénale, sont réunis et si l'ordre social a été troublé, la juridiction disciplinaire s'applique à apprécier les faits dans leurs rapports avec les obligations pro-

fessionnelles et morales du magistrat inculpé et avec l'honneur et la considération de ce dernier. Les fins de la répression, ici et là, diffèrent : l'une, la pénale, a souci d'éviter le renouvellement d'un trouble à l'ordre social ; l'autre, la disciplinaire, se préoccupe surtout de maintenir l'autorité morale du service public.

Mais les simples manquements aux devoirs professionnels sont naturellement bien plus fréquents que les violations de la loi pénale elle-même. Aussi, un acte portant atteinte à la liberté individuelle, mais manquant de l'un des éléments nécessaires pour tomber sous le coup de la loi pénale, peut cependant donner ouverture contre le magistrat qui l'a exécuté à des poursuites et des sanctions disciplinaires. On peut être innocent au point de vue de la loi pénale et répréhensible au point de vue disciplinaire. La matière du pouvoir disciplinaire est même spécialement constituée par tous les agissements, fautes et oublis qu'un magistrat commet durant sa carrière et pour lesquels mieux vaut « un mode spécial de répression que des peines corporelles qui seraient excessives et des réparations civiles qui seraient inefficaces » (1).

Si la surveillance disciplinaire sur les magistrats et officiers de police judiciaire s'exerce d'une façon rigoureuse, cette responsabilité disciplinaire peut donc constituer un moyen de suppléer dans une certaine mesure à la totale carence des poursuites et des sanctions pénales.

SECTION I

L'action disciplinaire contre les magistrats du siège

Pour les magistrats des Cours et Tribunaux, le pouvoir disciplinaire a surtout un caractère judiciaire. Il ne reste plus personnellement au Garde des Sceaux qu'un droit de surveillance sur les magistrats assez dénué d'énergie, avec la double prérogative de la réprimande et du *veniat* : en un cas, c'est un blâme que le premier Président du ressort

(1) GARSONNET et CÉZAR-BRU : Traité de Procédure civile, t. I, p. 237.

transmet d'ordre au magistrat visé par le Ministre de la Justice; dans l'autre cas, c'est une injonction de lui porter ses explications sur les faits imputés que le Garde des Sceaux adresse au juge. Le premier Président de la Cour ou le Président du Tribunal civil peuvent eux-mêmes adresser d'office un avertissement au magistrat coupable. Cet avertissement revêt plutôt les allures d'un acte préventif que celles d'une peine ou d'une mesure répressive.

L'action disciplinaire proprement dite s'exerce devant le Conseil supérieur de la Magistrature, qui est constitué par la Cour de Cassation statuant toutes chambres réunies. Le magistrat coupable est personnellement cité devant le Conseil, qui entend ses explications. Il est autorisé à se faire assister d'un avocat. L'audience a lieu à huis-clos.

En raison du caractère particulier de cette action sui-generis, le prévenu ne peut invoquer ni l'exception de chose jugée, ni l'exception de litispendance, ni l'exception de prescription. L'action disciplinaire peut être exercée concurremment avec l'action pénale et elle est imprescriptible. La juridiction disciplinaire apprécie en toute liberté si les faits incriminés constituent une faute contre les devoirs professionnels de l'inculpé et nuisent à la considération dont jouit le corps judiciaire auquel ce dernier appartient.

Si le Conseil supérieur admet la culpabilité du magistrat, il lui inflige une des peines suivantes: la censure simple, la censure avec réprimande, la suspension provisoire et la déchéance. Toutes ces peines ont un caractère presque complètement et quelquefois même exclusivement moral. La censure traduit la désapprobation du Conseil pour la conduite de l'inculpé. La censure avec réprimande y joint une injonction d'être plus exact à l'avenir aux devoirs professionnels et elle comporte privation de traitement pendant un mois. La suspension est une interdiction temporaire d'exercice de la profession, dont la durée ne dépasse jamais en fait cinq ans et qui emporte aussi privation de traitement. Quant à la déchéance, elle est naturellement définitive.

La juridiction disciplinaire n'aurait d'ailleurs pas à prononcer la déchéance, si le magistrat avait déjà été condamné par une Cour d'assises, pour crime d'arrestation ou détention arbitraire, à la dégradation civique, l'un des effets de cette peine étant d'opérer la destitution du condamné de tous emplois, fonctions ou offices publics. Mais si la Cour d'Assises avait estimé le crime non établi et avait prononcé l'acquiescement de l'accusé, le Conseil supérieur conserverait alors le droit de le déchoir de ses fonctions. Il ne faut pas voir dans cette faculté une exception au principe de l'immovibilité des magistrats. L'immovibilité est établie dans l'intérêt des justiciables et elle protège le juge contre l'arbitraire gouvernemental. Dans le cas d'une déchéance prononcée par le Conseil supérieur de la Magistrature, ce n'est pas le Gouvernement qui frappe le magistrat, c'est un corps judiciaire composé d'hommes indépendants comme lui du pouvoir exécutif, devant qui il a pu faire valoir librement tous ses moyens de défense et dont la décision a été entourée de toutes les formes légales.

La sentence du Conseil supérieur ne peut faire l'objet d'aucune voie de recours.

SECTION II

La surveillance disciplinaire sur les juges d'instruction

Le juge d'instruction cumule le double titre de magistrat et d'officier de police judiciaire. En sa qualité de magistrat, chargé de statuer sur son instruction, il est soumis aux règles ordinaires de discipline qui régissent la Magistrature. Mais en ce qui concerne les actes de police judiciaire, il est placé par les articles 57 et 270 du Code d'instruction criminelle sous la surveillance du Procureur général. Au cas où il commettrait une négligence portant atteinte à la liberté d'un justiciable, dans l'exercice de ses fonctions de police judiciaire, le Procureur général pourrait user à son encontre du droit d'avertissement que lui confère l'article 280. Si le juge instructeur récidivait ou

ne tenait pas compte des réprimandes du chef du Parquet général, ce dernier pourrait alors, sur autorisation de la Cour, le citer devant la Chambre du Conseil, qui lui adresserait des injonctions et le condamnerait aux frais de l'incident.

L'article 112 du Code d'instruction criminelle prévoit même spécialement, en cas d'inobservation des formalités prescrites pour les mandats ou de violation des mesures protectrices de la liberté individuelle, l'utilisation de cette procédure d'injonctions au juge d'instruction ou au Procureur de la République, auteur de la mesure arbitraire ou illégale. L'attention des Procureurs généraux est ainsi spécialement attirée par le législateur sur la nécessité de surveiller très soigneusement la manière dont les juges d'instruction respectent les règles protectrices de la liberté individuelle et sur les procédés légaux auxquels ils devraient recourir le cas échéant, pour contraindre les magistrats instructeurs à s'y conformer.

Le principe même de cette subordination du juge d'instruction au Procureur général n'en demeure pas moins condamnable. La surveillance du Procureur général, officier du ministère public, fonctionnaire amovible, représentant du pouvoir exécutif au sein du pouvoir judiciaire, sur le juge d'instruction, magistrat du siège inamovible, constitue à n'en pas douter, une atteinte grave au principe de l'indépendance des juges vis-à-vis du ministère public, corollaire du principe de l'indépendance de la magistrature vis-à-vis du Gouvernement. Cette dépendance anormale et fâcheuse contribue parfois sans doute à obliger un juge d'instruction à respecter les garanties légales à la liberté individuelle; mais n'a-t-elle pas quelquefois aussi pour effet d'amener le magistrat instructeur à y porter contre son gré atteinte? Il y a tout lieu de le craindre.

SECTION III

Les pouvoirs disciplinaires sur les membres du ministère public

Pour les membres du ministère public, la discipline s'exerce administrativement, suivant l'ordre hiérarchique établi entre eux et avec le pouvoir supérieur dont ils relèvent.

Le Procureur de la République dispose sur les membres de son Parquet d'un droit de surveillance et de direction. Il est lui-même soumis au contrôle du Procureur général. Celui-ci a la faculté d'adresser des remontrances aux officiers du ministère public de son ressort et de les rappeler à leurs devoirs. Enfin, le Garde des Sceaux est personnellement titulaire du droit de surveiller les magistrats du ministère public, de les mander près de lui et de leur administrer des réprimandes, qui auront une certaine répercussion sur leur avancement, ou même de les révoquer.

Ainsi, les membres du ministère public ont à ce point de vue une condition bien plus voisine de celle des agents administratifs que de celle des magistrats du siège. Indépendants des Cours et Tribunaux près desquels ils exercent leur office, ils sont placés dans un état de subordination originel et total envers l'autorité hiérarchique au sommet de laquelle se trouve le Garde des Sceaux.

■
* *

Parvenus au terme de cette étude des mesures répressives destinées à sanctionner les arrestations ou détentions arbitraires ou illégales, nous sommes obligés de conclure, après d'éminents juristes, que les textes légaux forment une belle enseigne derrière laquelle se dissimule le néant de la responsabilité pénale des magistrats. Les crimes de forfaiture des articles 114 et suivants ont été soumis par les rédacteurs du code à une incrimination si étroite et à un châtement si rigoureux qu'ils ne sont jamais poursuivis ou en tous cas jamais réprimés.

Quant à l'action disciplinaire, sa mise en œuvre est, elle aussi, surbordonnée à la décision d'une autorité étrangère à la partie, celle du Garde des Sceaux, pour laquelle ce dernier jouit d'une entière liberté d'appréciation. S'il refuse de saisir le Conseil supérieur de la Magistrature de la plainte qui lui est adressée, toutes les poursuites disciplinaires sont paralysées. L'action disciplinaire, c'est « le régime du bon plaisir des chefs » (2) et c'est surtout entre les mains du Gouvernement une arme très efficace dont il menace ceux des magistrats qui ne se montrent pas assez dociles à ses directives.

« Voilà l'état de notre législation et de notre pratique : une façade qui semble libérale, sur laquelle sont inscrites des formules pompeuses, et derrière cette façade, tout un monument d'iniquités, où tout est établi et combiné pour permettre de légitimer toutes les violations de la liberté individuelle et pour ne point autoriser l'application pratique des sanctions légales ». Ainsi s'exprimait déjà, il y a trente ans, M. GARÇON, à la Société des Prisons (3). Nous sommes aujourd'hui encore obligés de nous rallier à ce jugement si sévère, mais si perspicace. Notre Code pénal eût laissé libre jeu à l'arbitraire de nos juges, si ces derniers n'avaient été le plus souvent retenus dans cette voie par la dignité de leur caractère et la haute conscience de leur mission sociale.

(2) M. LACON, *Revue pénit.*, 1901, p. 1182.

(3) M. GARÇON, *Revue pénit.*, 1901, p. 449.

TROISIÈME PARTIE

Les mesures réparatrices

Les actions pénale et disciplinaire réparent l'une, le préjudice souffert par la société, l'autre, celui souffert par l'honneur de la profession, mais laissent toutes deux en dehors de leurs prévisions la réparation du dommage causé aux particuliers. Si le système répressif organisé par le Code pénal s'avère pratiquement sans application possible et partant sans valeur concrète, le législateur ne s'est-il pas au moins préoccupé d'instituer des mesures réparatrices efficaces ? Ne s'est-il pas attaché à assurer, par le jeu de recours simples, rapides et à la portée de tous, la réparation du préjudice subi par les victimes d'attentats à la liberté individuelle ? Au fond, ce qui importe essentiellement à ces dernières, ce n'est pas tant d'obtenir le châtiement de l'auteur de l'acte arbitraire que d'être admises à poursuivre en dommages-intérêts, par une procédure régulière et aisée, le magistrat coupable ou bien une autorité judiciaire ou encore une personne morale quelconque civilement responsable des actes professionnels de l'agent.

Trois procédés généraux de poursuites civiles paraissent en théorie pouvoir être adoptés, entre lesquels le législateur est appelé à choisir : la poursuite directe des fonctionnaires judiciaires devant les tribunaux de droit commun, la prise à partie, c'est-à-dire la poursuite subordonnée à des autorisations préalables et soumise à une procédure spéciale, enfin le recours contre l'Etat.

En droit positif français, la loi de 1933, qui a remanié sur ce point les dispositions du Code de procédure civile,

a combiné les deux derniers de ces procédés. Aussi étudions-nous, dans deux chapitres distincts, d'une part la responsabilité civile des magistrats, d'autre part la responsabilité de l'Etat, au cas d'arrestation ou détention arbitraire, illégale, injustifiée ou erronée.

CHAPITRE PREMIER

LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES AUTEURS D'ARRESTATIONS ET DÉTENTIONS ARBITRAIRES, ILLÉGALES OU INJUSTIFIÉES

SECTION I

La responsabilité civile des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires en droit positif

Le principe de la responsabilité civile des fonctionnaires, auteurs d'attentats à la liberté individuelle, est posé par l'article 117 du Code pénal. La victime de l'acte arbitraire a le droit, aux termes de cette disposition, de se porter partie civile, au cours de la poursuite du magistrat devant une juridiction répressive. Mais cette constitution de partie civile n'est autorisée, nous l'avons vu, que lorsque le Procureur général s'est décidé à intenter l'action publique, autant dire en pratique jamais. Nous pouvons donc négliger ce moyen illusoire d'obtenir réparation du dommage subi.

Reste à la partie lésée la voie civile. A-t-elle dans la mise en œuvre et l'exercice des voies de recours civiles les mêmes latitudes que s'il s'agissait de poursuivre en dommages-intérêts un simple particulier, sur le fondement des articles 1382 ou 1384 ? Évidemment non, et il est aisé d'en comprendre les motifs. Le magistrat n'est pas un citoyen comme un autre. Il détient une parcelle de l'autorité publique et, comme tel, il est amené, par l'usage de ses pouvoirs de décision et de contrainte, à déplaire à un grand nombre. On ne peut le laisser exposé aux récriminations de tous

ceux dont il aura dû ordonner l'arrestation ou la détention préventive. Il est très tentant pour ces derniers d'abuser des moyens de défense qu'on leur octroie, en les pliant au service de toutes leurs rancunes ou révoltes. Il faut donc les empêcher de revêtir trop facilement leurs doléances des formes légales de poursuite. L'exercice régulier du pouvoir judiciaire serait rendu impossible, a-t-on fait remarquer, si le juge était réduit à faire de sa vie deux parts, l'une consacrée à instruire les affaires ou bien à les juger, l'autre à courir les audiences pour se défendre lui-même contre les tentatives de revanche de ses anciens inculpés.

Si les magistrats sont protégés contre l'arbitraire du Gouvernement par l'inamovibilité qui garantit l'indépendance de leurs décisions, ils doivent l'être aussi contre les ressentiments des justiciables : sur le plan pénal, cette protection leur est assurée par les articles 479 et suivants du Code d'instruction criminelle ; sur le plan civil, elle l'était avant 1933, et le demeure encore dans une moindre mesure depuis cette date, par la règle de la séparation des pouvoirs, qui bénéficiait aux fonctionnaires de l'ordre administratif, et par la procédure de la prise à partie, qui reste le seul moyen d'intenter des poursuites civiles contre les fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

§ 1. — LA PROTECTION DES FONCTIONNAIRES DE L'ORDRE ADMINISTRATIF

LA PROCÉDURE DU CONFLIT AVANT LA LOI DE 1933

Le droit, dont disposent encore certains agents administratifs, de procéder à des arrestations et d'ordonner des détentions pose le problème de la responsabilité civile de ces fonctionnaires, au cas où ils commettraient un abus ou un excès de pouvoir attentatoire à la liberté individuelle d'un de leurs administrés. L'article 75 de la Constitution de l'an VIII assurait une rigoureuse protection aux fonctionnaires de l'ordre administratif, en subordonnant l'exercice de toute poursuite pénale ou civile à leur rencontre à

l'autorisation préalable du Conseil d'Etat. Instituée dans le but apparent d'arrêter les poursuites abusives, cette autorisation préalable était en fait utilisée pour soustraire systématiquement les fonctionnaires à toute poursuite.

Ce fameux article 70 a été sans doute abrogé par le décret du 19 septembre 1870. Mais la liberté de poursuite consécutive à cette abrogation est demeurée fortement contrecarrée jusqu'à la loi du 7 février 1933 par le maintien du principe de la séparation des pouvoirs et la pratique du déclinatoire d'incompétence. Les agents du Gouvernement qui attentaient à la liberté individuelle pouvaient être poursuivis directement en dommages-intérêts devant les tribunaux civils, mais ceux-ci n'étaient compétents que si l'arrestation ou la détention injustifiée constituait un fait personnel du fonctionnaire facilement détachable de l'acte administratif, selon le critère admis par la Jurisprudence du Conseil d'Etat. Il n'en était en général ainsi que lorsque l'agent était dépourvu du droit d'arrestation et était manifestement sorti de ses attributions légales, pour satisfaire ses passions personnelles, c'est-à-dire lorsqu'il tombait pénalement sous le coup de l'article 341 du Code pénal.

Mais dans les cas où les juges répressifs auraient eu, s'ils avaient été saisis, à faire l'application à l'agent coupable de l'article 114, l'acte arbitraire était le plus souvent considéré comme un fait administratif ou comme une faute se rattachant à la fonction. Le Préfet élevait alors le conflit et le Tribunal des conflits dessaisissait la juridiction judiciaire de la connaissance de l'affaire. Le fonctionnaire administratif, poursuivi en vertu de l'article 117 du Code pénal devant les tribunaux civils, en raison d'une faute commise dans l'exercice de ses fonctions et réprimée par l'article 114, disposait ainsi dans l'exception d'incompétence d'un moyen certain de se soustraire à sa responsabilité civile (1).

(1) La procédure du conflit protégeait même parfois des officiers de police judiciaire. C'est ainsi que l'Administration avait élevé le conflit sur la prise à partie et la demande en dommages-intérêts intentées par un particulier

Il convient cependant de mentionner qu'un certain nombre d'auteurs estimaient, dès avant la loi de 1933, que le principe de la séparation des pouvoirs ne pouvait être invoqué en matière d'attentat à la liberté individuelle. Pour M. GARÇON notamment, l'article 117, étant conçu en des termes aussi généraux que l'article 114, autorisait la poursuite civile des fonctionnaires administratifs comme des fonctionnaires judiciaires, sans aucune restriction. Les tribunaux judiciaires puisaient, à son avis, dans cet article 117 et dans leur caractère de gardiens naturels de la liberté individuelle, le droit d'apprécier la légalité des arrestations (2).

Certains arrêts jurisprudentiels, adoptant cette thèse quelque peu hardie, avaient effectivement décidé en termes très nets que le fait de procéder à l'arrestation d'une personne, constitue un acte judiciaire et non un acte administratif, alors même qu'il y serait procédé par des agents de l'Administration. Les tribunaux judiciaires s'arrogeaient ainsi le droit d'apprécier la faute commise par le fonctionnaire et de condamner eux-mêmes ce dernier à des dommages-intérêts (3).

La Jurisprudence était d'ailleurs loin d'adopter à l'unanimité ce point de vue. Beaucoup de tribunaux estimaient, à juste titre semble-t-il, qu'une dérogation au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs n'aurait pu résulter que d'une disposition expresse et formelle de la loi positive et que les indices de la volonté du législateur étaient vraiment trop vagues et incertains pour pouvoir être pris en considération.

Cette discussion ne présente plus, depuis la loi du 7 février 1933, qu'un intérêt historique. L'article 2 de la

contre un capitaine de gendarmerie qui avait ordonné son arrestation comme prévenu de complicité d'un délit de coups et blessures. L'Administration prétendait qu'en la circonstance le capitaine de gendarmerie avait agi en sa qualité de supérieur hiérarchique et ne pouvait être l'objet de prise à partie (Trib. Conflits, 9 décembre 1911; ROBIN, *Rec.*, p. 1177).

(2) M. GARÇON: Code pénal annoté, art. 117.

(3) Voir en ce sens: Arrêts C. Cass., 3 juin 1872, *D.* 1872-1-385; 8 février 1876, *D.* 1876-1-289. C. Lyon, 28 janvier 1904, *D.* 1904-2-321. C. Bordeaux, 30 juillet 1904, *D.* 1905-2-156. C. d'Etat, 5 février 1904, *D.* 1905-3-62.

loi, modifiant l'article 112 du Code d'instruction criminelle, dispose que dans tous les cas où la liberté individuelle est en jeu, les tribunaux de l'ordre judiciaire seront seuls compétents et elle interdit formellement en conséquence d'élever le conflit d'attribution, même au cas de faute de service commise par un fonctionnaire de l'ordre administratif. Cette compétence judiciaire n'est pas exclusivement réservée aux actions civiles de la prise à partie, mais à toutes les autres actions du même genre basées sur des faits constitutifs des infractions sanctionnées par les articles 114 à 122 du Code pénal.

Les ministres eux-mêmes doivent être, dans le silence des lois constitutionnelles, assimilés aux autres fonctionnaires administratifs. Certains auteurs ont cependant prétendu que la responsabilité d'ordre parlementaire à laquelle ils étaient soumis excluait la responsabilité civile d'ordre judiciaire : toutes poursuites à fins civiles seraient déniées aux particuliers contre les ministres, à raison de faits quelconques se rattachant à l'exercice de leurs fonctions (4). Mais il paraît plus conforme aux principes généraux d'accorder aux particuliers le droit d'intenter des poursuites civiles contre les ministres devant les tribunaux judiciaires (5).

L'abolition par la loi de 1933 de la procédure de conflit lève incontestablement le plus gros des obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité civile des agents administratifs pour faits d'arrestation ou détention arbitraire. Mais il est permis de douter de l'efficacité pratique de cette réforme législative. Le nouvel article 112 dispose bien que le conflit d'attribution ne peut plus être jamais soulevé. Mais aucune sanction ne vient en assurer l'exécution. Supposons que le Préfet, au mépris de cette prescription, prenne un arrêté de conflit. Il serait difficile, sinon impossible, au tribunal de passer outre et de se faire juge de la nature du litige précisément contestée.

(4) En ce sens, LAFERRIÈRE : Cours de Droit public, t. I, p. 133 ; Traité de la Justice administrative, t. I, p. 607 et s.

(5) C'est l'opinion justement adoptée par M. GARRAUD. Voir son Traité de Droit pénal, 3^e édit., t. 3, n° 1287.

Même si le conflit n'était pas élevé, l'agent administratif pourrait encore le plus souvent se prévaloir de l'ordre reçu de son supérieur. Sans doute, l'excuse absolutoire résultant de cet ordre n'éteint pas la responsabilité civile du subordonné. Mais il est probable que les tribunaux, impressionnés par ce moyen de défense, jugeraient en équité et refuseraient d'admettre que le fonctionnaire a commis une faute civile. Le vrai responsable serait le supérieur qui a donné l'ordre arbitraire, bien souvent le ministre lui-même. Mais si un ministre peut en principe être poursuivi en dommages-intérêts aussi librement que n'importe quel agent de l'administration, en fait, tant qu'il est au pouvoir, il est inattaquable. Malgré toutes les facilités apparentes que lui offre la loi, la victime de l'acte arbitraire commis par un fonctionnaire de l'Administration ne pourra donc dans la majorité des cas en obtenir réparation.

§ 2. — LA PROTECTION DES FONCTIONNAIRES DE L'ORDRE JUDICIAIRE : LA PRISE A PARTIE

Il y a, nous l'avons vu, deux moyens de mettre en jeu la responsabilité civile d'un fonctionnaire de l'ordre judiciaire.

La partie lésée peut, quand l'action publique est exercée par le Ministère public, choisir la voie criminelle, en se constituant partie civile. C'est là le moyen idéal, dont la rareté des poursuites répressives proscrit à peu près complètement l'emploi. Elle se trouve contrainte, quand ce moyen lui est interdit, de se rabattre sur la voie civile. Mais il lui faut alors entamer la redoutable procédure de la prise à partie.

Certains auteurs ont, il est vrai, essayé de prétendre que l'institution de la prise à partie avait été abolie par le décret du 19 septembre 1870. Ce décret ne déclare-t-il pas, en des termes qu'il serait difficile de concevoir plus généraux : « Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics de tout

ordre » ? Il semble bien que le législateur ait entendu supprimer tout ce qui entravait les poursuites contre les fonctionnaires. Et il paraîtrait logique d'admettre, sinon l'abolition de la prise à partie, du moins la suppression de l'autorisation préalable de poursuivre à laquelle sa mise en œuvre est subordonnée.

Mais la Jurisprudence a toujours formellement repoussé cette manière de voir. Elle a estimé, sans d'ailleurs appuyer son point de vue d'aucun argument convaincant, que le décret de 1870 ne concerne que les poursuites dirigées contre les fonctionnaires d'ordre administratif et elle s'est prononcée d'une façon constante pour le maintien des articles 505 et suivants du Code de procédure civile. Il est permis de regretter cette solution jurisprudentielle. Il n'est plus possible de la contester depuis la loi du 7 février 1933, qui, en modifiant le texte de l'article 505, en affirme par le fait même la valeur obligatoire.

Nous n'entreprendrons pas ici une étude détaillée de la prise à partie, mais nous rechercherons seulement dans quelles conditions et de quelle façon la victime d'une arrestation ou d'une détention arbitraire peut poursuivre par cette voie la réparation du préjudice qu'elle a subi.

La prise à partie constitue, à vrai dire, une brèche dans le principe de l'irresponsabilité civile du magistrat à raison des actes de sa fonction. Mais le législateur a accompagné cette concession de toutes les mesures de prudence et des garanties qu'il a jugées nécessaires pour la sauvegarde des principes posés. C'est ainsi qu'apparaît le caractère spécifiquement exceptionnel de la prise à partie. Si cette procédure constitue à l'égard des magistrats un remarquable système de protection de la fonction judiciaire, en leur assurant un privilège de procédure et de juridiction, nous serons par contre amenés à constater qu'elle ouvre au justiciable une route étroite, sinueuse, semée d'obstacles, coupée de barrières presque infranchissables, fertile en surprises et en déconvenues et à l'extrémité de laquelle il a bien peu de chances de parvenir, même s'il s'y engage et la parcourt d'un pas résolu.

1° *Qui peut être pris à partie*

« Les juges peuvent être pris à partie... », déclare l'article 505 du Code de procédure civile. Sous ce vocable générique de juge, il faut nécessairement comprendre tous les magistrats exerçant habituellement ou même accidentellement des fonctions judiciaires proprement dites, c'est-à-dire ceux qui participent à une juridiction ou rendent des sentences : présidents, conseillers et juges des Cours et Tribunaux, juges d'instruction, avocats et avoués suppléants des juges. Il faut au contraire en exclure les membres des juridictions spéciales, juges militaires ou juges administratifs.

Mais la doctrine et la Jurisprudence s'accordent pour donner à ce terme de juge une signification bien plus large encore. Sont juges, au sens de l'article 505, tous ceux qui, par les fonctions dont ils sont investis, appartiennent à l'ordre judiciaire et participent à l'administration de la Justice.

Les membres du Ministère public notamment échapperaient à la protection de la prise à partie, si les termes de l'article 505 faisaient l'objet d'une interprétation littérale. Certains auteurs se sont efforcés de le soutenir. A leur avis, le Code de procédure civile aurait expressément désigné les membres du Ministère public, s'il avait entendu les protéger comme les juges. Les articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle ne spécifient-ils pas spécialement que leurs dispositions s'appliquent aux juges et aux officiers du Ministère public ? La prise à partie est bien accordée dans quelques cas contre ces derniers par certains textes particuliers, notamment par les articles 112, 271 et 358 du Code d'instruction criminelle, mais on ne saurait en l'absence d'une disposition expresse généraliser ces solutions purement restrictives et limitatives. D'ailleurs, par sa nature comme par sa dénomination, la prise à partie, qui convient aux juges, ne saurait s'appliquer au Ministère public : le juge, qui viole son devoir, en maintenant l'incarcération d'un individu, sera pris comme partie

adverse par celui dont il a volontairement lésé les intérêts; le Ministère public au contraire par sa fonction même est toujours pris comme partie au procès par le justiciable, contre lequel en fait il se pose en adversaire. Si dans la défense des intérêts de l'Etat, il va jusqu'à dépasser la limite de ses droits, il ne fait que s'affirmer davantage dans son caractère de partie. Il serait donc illogique de lui accorder les mêmes protections qu'à un juge.

La Jurisprudence a cependant délibérément adopté la solution extensive contraire (6). Elle affirme que le législateur a entendu donner au mot juge, dans l'article 505, le sens générique qu'il lui a conféré au Code d'instruction criminelle, liv. II, ch. 3, intitulé « Des crimes commis par les juges hors de leurs fonctions et dans l'exercice de leurs fonctions ». Pourquoi d'ailleurs ne pas les traiter comme des magistrats du siège, quand ils font l'objet de poursuites civiles, puisqu'ils bénéficient des mêmes garanties que ces derniers au cas de poursuite pénale ? Enfin, la Jurisprudence fait valoir, à juste titre, semble-t-il, que les membres du Ministère public sont exposés plus encore que les magistrats ordinaires à des poursuites intentées dans un esprit de malignité et de vengeance. Notamment, leurs pouvoirs sur la liberté individuelle les exposent au ressentiment des justiciables qu'ils ont inculpés et de l'arrestation ou de la détention desquels ils sont responsables. Les soumettre sans protection aux manifestations de ces ressentiments plus ou moins fondés, ce serait suspendre une épée de Damoclès perpétuellement menaçante sur leur tête, paralyser leur action répressive, ébranler peut-être l'énergie avec laquelle ils défendent les lois et l'ordre social. Il peut donc paraître juste et normal qu'ils jouissent des mêmes garanties que les autres magistrats, tout au moins à propos des actes qu'ils exécutent dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires.

Mais on ne saurait en dire autant des autres officiers de police judiciaire, auxquels, par une étrange aberration, la

(6) Voir Arrêts C. Cass., 29 janvier 1813, *Bull. Cass.*, p. 33; 17 septembre 1825, *Bull. Cass.*, p. 509; 14 juin 1876, *S.* 1877-1-193. Trib. Caen, 12 juin 1849, *D.* 1850-3-30. C. Besançon, 23 juin 1873, *D.* 1874-2-145.

Jurisprudence s'accorde à étendre le bénéfice de la procédure de la prise à partie. Quelques tribunaux avaient bien essayé de barrer la route à une aussi large et dangereuse extension de cette procédure exceptionnelle. « Ce serait faire violence au sens naturel du mot que d'attribuer la qualité de magistrat aux gardes-forestiers, aux gardes-champêtres et même aux maires toutes les fois qu'ils font des actes de police judiciaire », décidait le Tribunal de Toulon dans un jugement du 21 janvier 1875 (7). Et la Cour de Cassation elle-même, s'insurgeant aussi contre une telle acception du titre de juge, avait décidé en 1876 qu'il n'y avait lieu de recourir à la prise à partie que lorsque les poursuites mettaient en jeu un officier de police judiciaire « faisant partie des tribunaux » (8).

L'opinion contraire a néanmoins fini par prévaloir. Les agents inférieurs de la hiérarchie judiciaire ont, estime la Jurisprudence actuelle, le même besoin d'être protégés contre les réclamations téméraires et vexatoires que les magistrats. Il serait étrange que la loi, qui fournit des garanties aux magistrats chargés de mettre en mouvement l'action publique, laisse sans protection leurs auxiliaires plus humbles. De plus, l'article 483 les ayant assimilés aux juges pour la répression des délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, cette assimilation doit s'étendre à la procédure civile, qui règle les actions civiles dirigées contre eux, en la même qualité et à raison des mêmes faits.

C'est sur le fondement de ces quelques considérations de fait et d'équité très peu péremptoires que les tribunaux obligent les justiciables à user de la voie de la prise à partie, quand ils poursuivent en dommages-intérêts pour arrestation ou détention arbitraire un officier de gendarmerie, un commissaire de police (9), un maire (10), et

(7) Trib. Toulon, 21 janvier 1875, *D.* 1876-3-63.

(8) Arrêt C. Cass., 8 février 1876, et conclusions de M. l'Avocat général REVERCHON, *D.* 1876-1-191.

(9) Arrêts C. Cass., 17 avril 1907, *S.* 1907-1-439; 9 mars 1914, *D.* 1919-1-19. C. Lyon, 4 février 1914, *Mon. jud. Lyon*, 4 juin 1914. Trib. civ. Montpellier, 17 janvier 1929, *Mond. jud. Midi*, 1929, p. 74.

(10) Arrêt C. Cass., 25 juillet 1910, *D.* 1911-1-121. Trib. civ. Villefranche, 12 mai 1887, *Mon. jud. Lyon*, 24 mai 1887. C. Rennes, 3 juillet 1931, *Rec. Rennes*, 1931, p. 556.

même un simple garde-forestier (11), garde-champêtre ou garde particulier.

En réalité, l'interprétation jurisprudentielle est, d'une part, inconciliable avec les textes. Le terme de juge peut à la rigueur être considéré comme s'appliquant aux magistrats de jugement et aux membres du Ministère public, puisqu'ils ont les uns et les autres pour mission commune d'assurer l'exécution des sanctions légales. Mais il ne saurait jamais être employé pour désigner les officiers de police judiciaire, dont les fonctions sont tout autres, puisqu'elles consistent à s'assurer de la personne des délinquants et à rassembler les éléments matériels des délits. L'article 505 constitue d'ailleurs le seul cas dans lequel la Jurisprudence confère à ce titre de juge cette signification arbitraire.

Cette interprétation est d'autre part injustifiable et dangereuse en fait. Les officiers de police judiciaire n'offrent point, pour compenser l'irresponsabilité dont ils jouissent ainsi, les garanties que l'éducation, la haute dignité de la fonction, les traditions d'honneur et d'indépendance du corps judiciaire peuvent nous faire présumer de tout magistrat (12). La solution jurisprudentielle aboutit à entourer des mêmes réserves et obstacles exceptionnels la réparation des tracasseries d'un maire de village ou des illégalités grossières d'un garde-champêtre et celle des manœuvres dolosives d'un Procureur général. On ne voit pas très bien dans ces conditions pourquoi les tribunaux ne confèrent pas la même protection exorbitante aux auxiliaires de la justice civile : avoués, huissiers, greffiers. Ne peuvent-ils pas être qualifiés « juges » au même titre qu'un maire ou qu'un garde-forestier ? En réalité, l'explication de

(11) Arrêt C. Cass., 4 mai 1880, S. 1881-1-79.

(12) Voici, à titre d'exemple, un cas particulièrement dommageable d'arrestation arbitraire opérée par un officier de police judiciaire. Une dame X, tombée en défaillance dans la rue, est arrêtée pour ivresse publique par un commissaire de police de Dijon. Celui-ci persiste à maintenir la pseudo-délinquante au poste toute une journée. Le soir venu, la dame X succombe, faute de soins. La responsabilité si lourdement engagée du commissaire ne peut être mise en jeu que par la voie de la prise à partie. (C. Dijon, 21 février 1906, *Gaz. Trib.*, 1906-2-7.)

cette solution paradoxale doit ici encore être recherchée dans ce désir inavoué de la législation impériale, satisfait par la Jurisprudence, d'assurer l'immunité, l'irresponsabilité, l'intangibilité de tous les membres du pouvoir exécutif, depuis le ministre jusqu'au plus modeste garde-champêtre communal.

Naturellement, cette protection exorbitante du droit commun ne s'étend pas aux simples agents de la police judiciaire, tels que les gendarmes ou les agents de police. Les préfets, n'étant pas officiers de police judiciaire, ne peuvent pas non plus être pris à partie (13).

La loi est muette sur le point de savoir si la prise à partie peut être intentée contre les héritiers du juge ou de l'officier de police judiciaire, auteur de l'acte arbitraire. Mais les actions civiles nées d'un crime ou d'un délit n'étant pas, selon le droit commun, éteintes par la mort de leur auteur, il convient donc de décider que les héritiers de ce dernier pourraient être, dans les mêmes conditions que lui, poursuivis en dommages-intérêts par la voie de la prise à partie (14).

2° Faits donnant ouverture à la prise à partie

Les cas de prise à partie sont contenus dans l'article 505 du Code de procédure civile, modifié par la loi du 7 février 1933 et ainsi conçu : « Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants :

1° s'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde professionnelle qu'on prétendrait avoir été commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ;

2° si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ;

3° si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts ;

4° s'il y a déni de justice...

(13) Voir Arrêt C. Cass., 8 février 1876, *op. cit.* Jugement Trib. Seine, 3 mai 1900, *Gaz. Trib.*, 3 mai 1900.

(14) C'est la solution qui a pour elle la tradition : la prise à partie était généralement reçue, sous l'ancien régime, contre les héritiers des magistrats.

a) *Cas où la prise à partie est expressément prononcée par la loi.* — Plusieurs articles du code prévoient expressément la prise à partie, en cas de violation des prescriptions qu'ils édictent. Un seul de ces articles intéresse la liberté individuelle. C'est l'article 112 du Code d'instruction criminelle, autorisant, « s'il y échet », la prise à partie contre le Procureur de la République, le juge d'instruction ou le greffier, qui n'auront pas observés les formalités prescrites pour les mandats. Ainsi, pourrait être poursuivi en dommages-intérêts le juge d'instruction qui décernerait un mandat, sans désigner clairement le prévenu, si cette mauvaise désignation amenait l'arrestation d'un innocent à la place du vrai coupable.

La loi du 7 février 1933, modifiant l'article 112 étend les dispositions précédentes à toute violation des mesures protectrices de la liberté individuelle prescrites par les articles 113, 114, 116, 119, 37, 38, 87 et 88 du Code d'instruction criminelle. C'est là une heureuse disposition, qui place sous la garantie directe de la responsabilité civile du juge instructeur l'observation des diverses mesures protectrices de la liberté individuelle au cours de l'information.

Mais la violation matérielle d'une des règles et formalités prescrites par ces articles ne suffit pas à elle seule à obliger la juridiction saisie d'une demande en prise à partie à déclarer bien fondée cette demande. Par la formule conditionnelle « s'il y échet », il faut entendre que la faculté de prise à partie est subordonnée à l'existence d'un préjudice atteignant le justiciable et résultant d'une faute du magistrat. L'intention de nuire proprement dite n'est sans doute pas requise dans ce cas; la faute non intentionnelle suffit à engager la responsabilité du signataire du mandat irrégulier. Encore faut-il qu'il ne s'agisse pas d'une simple négligence ou erreur de droit ou de fait, mais d'une faute grave bien caractérisée. Et la Jurisprudence se montre à cet égard très exigeante. Il lui arrive de reconnaître que l'arrestation et la détention du demandeur sont effectivement illégales, mais que l'erreur de droit commise par le Procureur de la République se trouve dans l'espèce

« justifiée par les circonstances ». Aucune faute ne peut dès lors être retenue à l'encontre du magistrat mis en cause. Sa responsabilité n'est pas engagée et la demande de prise à partie n'est pas fondée (15).

On voit par cet exemple combien il est facile au magistrat, qui a violé un texte de loi engageant directement sa responsabilité, de se soustraire, en invoquant « les circonstances de la cause », et sans même avoir à arguer d'un cas de force majeure, à l'obligation de réparer le préjudice qui en résulte pour le justiciable lésé dans sa liberté et son honneur.

b) *Cas où la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts.* — Parmi les quelques cas de ce genre disséminés à travers nos codes, il faut en matière d'arrestation et détention arbitraires, donner une place prépondérante à l'article 117 du Code pénal, sur le fondement duquel de multiples prises à partie devraient pouvoir être exercées. L'article 117 déclare en effet les juges responsables à peine de dommages-intérêts, « à raison des attentats exprimés dans l'article 114 ». Ainsi, toutes les fois qu'un individu aura fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention illégale susceptible de tomber sous le coup de l'article 114, il pourra intenter, du chef de l'article 505, 3°, une action en dommages-intérêts par la voie de la prise à partie contre le magistrat qui l'aura ordonnée.

Il ne lui sera pas nécessaire non plus en ce cas, en principe du moins, de prouver le dol ou la fraude, c'est-à-dire l'intention malveillante de nuire de la part de l'auteur de l'acte arbitraire. La réparation de l'article 117 est toujours fondée sur une faute. Mais cette faute peut être de simple imprudence, négligence ou ignorance. Elle consiste à avoir violé, en connaissance de cause ou involontairement, et pour quelque motif d'action que ce soit, les prescriptions légales garantissant la liberté individuelle. La Cour de Paris a, dans un arrêt récent, mis en lumière la nature

(15) Arrêt C. Dijon, 20 décembre 1883, S. 1885-2-160.

vraie de la responsabilité civile du juge prenant sa source dans l'article 117: « Considérant, déclare-t-elle, qu'en ordonnant l'arrestation de la dame de R. en dehors des cas et des conditions de la loi, le commissaire de police M. a contrevenu aux prescriptions de l'article 114 du Code pénal: que sans doute il n'a pas agi avec l'intention d'attenter à la liberté de cette femme, mais que le défaut d'intention laisse subsister sa responsabilité civile et n'empêche pas la personne qui a été l'objet de cet acte arbitraire d'obtenir, dans les termes de l'article 117 du Code pénal, la réparation du préjudice qui en a été la suite directe » (16).

Naturellement en fait, les tribunaux se laisseront toujours influencer, en ce qui concerne le montant de la condamnation, par la nature de la faute commise par l'agent poursuivi. Si le plaignant n'est pas en état de rapporter la preuve de la mauvaise foi et de l'intention malveillante de l'auteur de l'acte arbitraire, il parviendra peut-être, rarement croyons-nous, à surmonter victorieusement les divers obstacles que la procédure de la prise à partie disposera sur son chemin. il arrachera parfois de haute lutte une condamnation civile du magistrat coupable: mais le tribunal, tenant compte de la bonne foi présumée jusqu'à preuve contraire du défendeur, sera le plus souvent porté à estimer au-dessous de son importance réelle le dommage matériel et moral subi par le demandeur et à lui allouer des dommages-intérêts modiques, insuffisants pour en assurer la réparation.

c) *Cas de dol, fraude, concussion ou faute lourde professionnelle.* — Cette prise en considération de la gravité de la faute commise dans l'évaluation des dommages-intérêts rend le plaideur intéressé, chaque fois que l'acte arbitraire exercé à son encontre est dû à une intention malveillante et que la preuve peut en être rapportée, à agir en réparation sur le fondement non plus de l'article 505, 3°, mais de l'article 505, 1°. Le fait de commettre sciemment, pour des motifs de partialité, de haine ou d'in-

(16) Arrêt C. Paris, 6 février 1931, *Gaz. du Pal.*, 1931-1-666.

térêt personnel, une arrestation illégale ou injuste, constitue bien à n'en pas douter un des cas de dol ou de fraude obligeant son auteur à réparation. Les notions de dol et de fraude sont employées comme compléments naturels l'une de l'autre. Une simple différence de nuance les distingue. L'une et l'autre présupposent toujours chez leur auteur une intention méchante et préméditée de nuire.

Mais la Jurisprudence s'est montrée, jusqu'à la réforme de 1933, très exigeante dans l'appréciation de ce dol ou de cette fraude : la faute même grossière n'engageait pas la responsabilité personnelle du juge. Les justiciables pouvaient donc intenter une prise à partie du chef de l'article 117, quand le magistrat avait ordonné une arrestation ou une détention manifestement illégale : ils pouvaient aussi exercer cette action du chef de l'article 505, 1^o, s'ils étaient en mesure de rapporter la preuve de l'intention dolosive ou frauduleuse de l'auteur de l'acte arbitraire. Mais ces deux hypothèses s'avéraient en pratique fort rares. Le juge d'instruction, jouissant avant 1933 de pouvoirs à peu près discrétionnaires sur la liberté individuelle, n'était pas obligé de commettre une illégalité pour attenter à la liberté d'un justiciable. C'était en général dans la limite de ses pouvoirs qu'il procédait à une arrestation ou à une détention arbitraire. S'en rendait-il coupable par malveillance ou animosité personnelle, la preuve de l'intention dolosive était en général impossible à rapporter, car il était facile au dol, qui réside au fond dans une intention intime de nuire, de ne se point trahir au travers des moyens légaux qui en couvraient la réalisation. Exécutait-il l'acte arbitraire et préjudiciable, par suite d'une erreur ou ignorance grossière, d'une négligence impardonnable dans l'exercice de ses fonctions, il était déclaré irresponsable, comme n'ayant pas commis un dol ou une fraude. Dans l'un comme dans l'autre cas, le justiciable gravement lésé dans ses intérêts pécuniaires et dans son honneur ne pouvait obtenir réparation.

Depuis la loi du 7 février 1933, il n'en va plus ainsi. Désormais les juges répondent, non plus seulement de leurs

dols ou de leurs fraudes, mais de « leurs fautes lourdes professionnelles » (17).

Il ne s'agit plus que de s'entendre sur le sens que le législateur a entendu conférer à ces termes. Adoptant l'opinion de M. le Professeur HENRY (18), nous ne pensons pas que la loi de 1933 ait voulu faire de la faute lourde professionnelle un synonyme de la faute personnelle, dont le fonctionnaire administratif doit répondre, par opposition à la faute de service engageant la responsabilité de l'Etat. Le magistrat ne peut être considéré comme remplacé par la loi de 1933 dans le droit commun de la responsabilité des fonctionnaires administratifs, puisque la procédure exceptionnelle de la prise à partie subsiste à son profit. Comme la Jurisprudence administrative a élaboré la distinction savante et à présent classique entre la faute personnelle et la faute de service, et fixé ainsi l'étendue de la responsabilité des fonctionnaires administratifs, il appartiendra aux tribunaux judiciaires d'apprécier la portée de la faute lourde professionnelle et de se constituer une doctrine sur la responsabilité des magistrats de ce chef.

Quelles que soient les solutions jurisprudentielles futures, cette faute lourde ne doit pas être confondue avec la faute intentionnelle, sans quoi elle ne se distinguerait pas du dol et de la fraude. Elle ne doit pas non plus à notre avis être considérée comme une faute inexcusable. La réforme de 1933 serait sans portée, si elle ne rendait pas les magistrats responsables des négligences ou des erreurs dont ils ne se seraient pas rendus coupables, s'ils avaient apporté quelque attention à leur service.

Peut-être, en la circonstance, les tribunaux feront-ils application du critère traditionnel du bon père de famille, en l'adaptant à la situation. Serait responsable celui qui aurait, dans l'exercice de ses fonctions, commis une faute contre la liberté individuelle qu'un « bon juge », c'est-à-

(17) C'est là un heureux retour à la solution de l'ancien droit qui assimilait la faute lourde au dol.

(18) M. HENRY: La Responsabilité des Magistrats en matière civile et pénale, *D. hebdomadaire*, 1933, p. 97.

dire un magistrat « normalement soucieux de ses fonctions » (19), n'aurait pas commise. Mais l'adoption de ce critère si souple et si concret serait susceptible d'ouvrir au nouvel article 505 un assez large champ d'application. Il est donc à craindre que la Jurisprudence le rejette, pour s'efforcer au contraire de restreindre autant qu'il se pourra le sens de la notion de faute lourde professionnelle, comme elle s'était essayée sous l'empire de la législation antérieure à délimiter étroitement les cas de dol et de fraude donnant lieu à prise à partie. -

d) *Cas de déni de justice.* — Le déni de justice peut éventuellement, croyons-nous, fonder une action en réparation contre un juge d'instruction pour détention arbitraire ou injustifiée. Les ordonnances du juge d'instruction équivalent à des jugements. S'il se rend coupable de lenteurs dans l'information ou tarde à rendre l'ordonnance clôturant celle-ci, dans le but de prolonger injustement la détention préventive de l'inculpé, il doit être considéré comme commettant la même faute qu'un juge qui néglige de juger les affaires en état et comme pouvant être pris à partie pour déni de justice.

3° *La procédure de la prise à partie*

Les cas exceptionnels et strictement limitatifs dans lesquels la prise à partie peut être intentée assurent une première et sérieuse protection des magistrats contre les risques de poursuites inconsidérées. Mais la procédure de la prise à partie constitue pour les fonctionnaires judiciaires une garantie plus efficace encore, par les multiples complications et difficultés au moyen desquelles elle entrave la mise en œuvre de cette voie de recours spéciale.

Avant tout, la victime de l'acte arbitraire doit obtenir l'autorisation préalable de poursuivre. Avant la réforme de 1933, c'était à la juridiction même appelée à connaître du procès que devait s'adresser le particulier lésé, pour

(19) M. HENRY: *Op. cit.*

solliciter cette autorisation. Cette juridiction rendait ainsi un premier jugement, qui risquait de préjuger du résultat définitif. La Jurisprudence n'admettait aucun débat oral contradictoire ni aucune publicité sur la demande préalable. La Cour se prononçait sur pièces justificatives. L'arrêt de rejet n'était pas motivé et ne donnait ouverture à aucune voie de recours. Enfin, si la requête était rejetée comme injustifiée, le plaideur pouvait être condamné à payer une amende.

La loi du 7 février 1933 a facilité l'accès de la prise à partie, en supprimant la procédure d'autorisation préalable devant la Cour compétente au fond. Le demandeur n'est cependant pas habilité à saisir directement cette juridiction de sa demande en dommages-intérêts. Il doit au préalable adresser une requête au premier Président de la Cour d'appel ou de la Cour de Cassation, suivant que la juridiction appelée à statuer est l'une ou l'autre de ces deux Cours. Le premier Président fait procéder à une enquête par le Procureur général, qui lui fournit son avis personnel, puis il rend sa décision sur pièces et sans aucun débat. Son ordonnance doit être motivée, si elle rejette la requête.

L'amende de l'ancien article 513 est abolie. Si la dénonciation du requérant est calomnieuse ou seulement même portée à la légère, ce dernier pourra toutefois faire l'objet d'une condamnation à des dommages-intérêts. Mais le magistrat poursuivi, ne prenant pas part à la procédure d'autorisation, n'est pas à notre avis recevable à demander au premier Président cette condamnation. Il devra se pourvoir ultérieurement par voie principale pour l'obtenir. Nous avons ne pas comprendre d'ailleurs de quel dommage appréciable il peut en l'occurrence justifier, puisqu'il n'a pas encore été mis en cause et que la procédure préliminaire est secrète.

Une des plus heureuses innovations de cette réforme est d'ouvrir au plaignant un recours contre une décision de rejet (art. 510, al. 2, c. proc. civ.). L'appel en est porté devant la Chambre des Requetes de la Cour de Cassation. L'appelant est dispensé de toute consignation d'amende et

du ministère d'un avocat. La Cour statue sur pièces, sans entendre le magistrat visé, qui n'est pas encore partie à l'instance, celle-ci n'en étant qu'à son stade préliminaire. Si la décision du premier Président est confirmée, la Cour motive son arrêt; si les poursuites sont autorisées, l'arrêt réformant l'ordonnance ne sera pas motivé, car il ne faut pas que la Cour de Cassation paraisse dicter leur décision aux juges de la prise à partie.

Si la partie lésée a franchi heureusement ce premier et redoutable obstacle, elle pourra alors engager son action devant la juridiction compétente. Le privilège de juridiction des juges, aboli par la loi du 24 février 1934 en matière répressive, subsiste à leur profit en matière civile. Ce privilège est fondé sur le double désir de sauvegarder leur dignité et d'assurer l'indépendance des membres de la Cour appelée à connaître de l'action en dommages-intérêts dirigée contre eux.

C'est la Cour d'appel qui est compétente pour statuer sur la prise à partie individuelle formée contre un magistrat du Tribunal ou de la Cour, un membre du Ministère public ou un officier de police judiciaire. S'il s'agissait d'une prise à partie collective formée contre une Cour d'assises ou une Chambre de Cour d'appel, le litige serait porté devant la Chambre civile de la Cour de Cassation (20). Le ministère d'un avoué ou d'un avocat près de la Cour de Cassation est obligatoire. Les débats ont lieu en audience publique. L'arrêt rendu est toujours motivé. Il n'est pas susceptible d'appel, mais peut seulement donner lieu à un pourvoi en cassation s'il émane d'une Cour d'appel.

La durée de la prescription de la prise à partie a soulevé certaines discussions. A notre avis, la prise à partie étant principalement une action civile en dommages-intérêts, il

(20) L'art 505, § 2, C. Proc. civ., déclare que la prise à partie contre les Cours d'assises ou Cours d'appel « sera portée à la Haute-Cour ». Cette Haute-Cour devait être ultérieurement organisée par un sénatus-consulte. En fait, elle ne vit jamais le jour. Aussi admet-on que la Cour de Cassation est investie de la part de juridiction non transférée aux Cours d'appel par l'article 509.

faut à ce titre lui appliquer le droit commun. C'est donc pendant trente ans à dater du fait préjudiciable qu'elle pourra être exercée, à moins que ce fait ne soit passible d'une peine criminelle; la prise à partie se prescrirait alors par dix ans, quand bien même l'action civile serait exercée indépendamment de l'action publique.

4° Les résultats de la prise à partie

Deux hypothèses peuvent se présenter : ou bien la demande de la partie lésée est accueillie, ou bien elle est rejetée.

La première de ces hypothèses se révèle malheureusement dans la pratique beaucoup plus fréquente que la seconde. En principe sans doute, dès lors que le plaignant a pu faire la preuve du caractère illégal ou arbitraire de l'arrestation ou de la détention dont il avait fait l'objet, qu'il a pu établir que son auteur s'était rendu coupable d'une fraude, d'un dol ou d'une faute professionnelle lourde et qu'il a pu faire état d'un préjudice matériel ou moral sérieux, il a droit à réparation. Peu importe théoriquement que le magistrat n'ait pas été poursuivi devant une juridiction répressive ou qu'il ait été acquitté par cette dernière en raison de sa bonne foi. Peu importe même qu'il n'ait fait qu'exécuter l'ordre d'un supérieur ou que sa signature lui ait été surprise. Ces excuses ou faits justificatifs suppriment sa responsabilité pénale; elles laissent subsister sa responsabilité civile.

Mais en fait, le magistrat qui n'aura fait l'objet d'aucune poursuite ou sanction pénale ou celui qui sera à même d'établir qu'il n'a été que le trop docile exécuter des volontés de l'un de ses supérieurs hiérarchiques, bénéficiera devant la juridiction civile elle-même de moyens de défense très forts et d'une situation à peu près inattaquable.

Si la Cour refuse au demandeur les réparations sollicitées, l'ancien article 516 du Code de procédure civile l'autorisait alors à prononcer contre ce dernier, non seulement

une condamnation à des dommages-intérêts envers les parties poursuivies injustement, mais encore une condamnation à une peine d'amende, qui ne pouvait être inférieure à trois cent francs. Il y avait là, pour celui qui prenait à partie un magistrat, un risque dangereux et inutile, puisque la procédure d'autorisation préalable avait déjà eu pour but d'éliminer les demandes vexatoires ou inconsidérées. La loi de 1933 a supprimé cette amende. Mais le plaignant, dont la demande est rejetée, peut encore éventuellement être condamné à payer des dommages-intérêts à celui qu'il a injustement accusé d'un crime ou d'un délit inexistant. Cette menace suffit à contraindre le plaignant à réfléchir sur les conséquences d'une demande non fondée et à ne s'aventurer dans les dédales de cette procédure que lorsqu'il a été victime d'une atteinte certaine à sa liberté et qu'il a subi de ce fait un préjudice considérable.

Supposons à présent que la demande de la partie lésée soit accueillie. L'arrêt de la Cour déclarant fondée la prise à partie condamnera alors l'auteur de l'acte arbitraire à payer des dommages-intérêts à la partie lésée. Dans l'hypothèse où l'action en réparation est fondée sur l'article 117 du Code pénal, les dommages-intérêts ne peuvent être inférieurs à vingt-cinq francs par jour de détention arbitraire ou injustifiée. La loi ne détermine pas autrement les principes qui doivent présider à l'évaluation de l'indemnité. Il faut, semble-t-il, puisque la loi est muette, mesurer selon le droit commun l'indemnité à la réparation intégrale du préjudice subi par le plaignant, à condition que ce préjudice ait sa source directe dans l'acte arbitraire du défendeur. Au surplus, si la procédure a été motivée par la violation des mesures protectrices de la liberté individuelle édictées par la loi de 1933, le magistrat sera, rappelons-le, condamné à une amende civile de cinquante francs (article 112, al. 1, Code d'instr. crim.).

Enfin, si l'Etat a été mis en cause par le demandeur, il est, depuis la réforme de 1933, civilement responsable envers la victime des dommages-intérêts auxquels le juge est condamné, mais il conserve un recours contre ce der-

nier, pour obtenir le remboursement des sommes qu'il aura dû verser en exécution de la décision judiciaire. La partie lésée se trouve ainsi garantie contre le risque d'insolvabilité du juge condamné.

La mesure arbitraire elle-même pourrait être annulée par la Cour, si elle n'avait pas encore été rapportée par le magistrat ou l'officier de police judiciaire qui l'a prise. En fait, l'individu illégalement appréhendé et détenu aura depuis longtemps recouvré sa liberté, quand la Cour sera appelée à statuer sur sa demande en réparation.

SECTION II

La responsabilité des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires, en doctrine

Nous venons d'étudier à quelle procédure l'individu arbitrairement arrêté ou détenu devait recourir pour tenter d'obtenir la réparation du préjudice dont il avait souffert et à quelles difficultés il se heurtait dans la voie qui lui était si parcimonieusement entr'ouverte. Il convient à présent, en élevant quelque peu le débat, de rechercher si l'institution de la prise-à-partie se trouve en harmonie avec nos conceptions juridiques et nos besoins contemporains touchant la liberté individuelle.

Le vieil édifice de la prise-à-partie est demeuré, depuis son origine, dans le code de procédure jusque dans son développement jurisprudentiel, en pleine logique avec lui-même et avec les principes qui l'inspirèrent. Le législateur de 1806 s'était plu à accumuler sur l'exercice de cette voie de recours les obstacles et les entraves les plus variés, estimant que ces difficultés procédurières contrebalanceraient le danger auquel étaient exposés les magistrats livrés à la poursuite de leurs justiciables. La Jurisprudence ne s'est pas montrée moins ardente que la loi à rendre cette action impraticable. Depuis la promulgation du Code de procédure civile, il est impossible de ne pas rencontrer la manifestation, dans certains de leurs arrêts, de la tendance natu-

relle des tribunaux à restreindre encore autant que possible les conditions d'exercice de la prise-à-partie et à juger cette institution avec les préventions d'un vigoureux esprit de corps.

La loi du 7 février 1933 a, il faut le reconnaître, réformé dans un sens libéral certaines des règles les plus iniques du Code de procédure. Elle a notamment alourdi la responsabilité du juge, en autorisant la prise-à-partie pour faute professionnelle lourde et elle a heureusement supprimé la procédure d'autorisation préalable devant la juridiction même qui est appelée à statuer au fond.

Quelques obstacles ont donc été aplanis, nous le reconnaissons. Est-ce à dire que les victimes d'arrestations et détentions arbitraires soient à l'avenir plus assurées que par le passé d'en obtenir réparation? Nous n'osons pas l'espérer. L'œuvre du législateur de 1933 est trop superficielle, pour rénover cette vieille institution chancelante et momifiée.

S'il pouvait subsister quelques doutes au sujet de l'insuffisance flagrante de la procédure de la prise-à-partie, rien ne serait mieux susceptible de les dissiper que la constatation de la nullité des résultats auxquels elle aboutit. Il n'y a pas encore d'exemple depuis le Code de procédure civile qu'un magistrat pris à partie ait été condamné à des dommages-intérêts. Le législateur prévoyait que les cas seraient rares où cette procédure pourrait donner un résultat positif : la réalité a encore dépassé ses espérances. Nulle qualification ne convient toujours mieux à cette institution que celle de « procédure mythe », dont l'avait autrefois pittoresquement affublée M. le Bâtonnier CHENU.

Le caractère illusoire du recours que la prise à partie ouvre aux justiciables ne prête donc à aucune contestation sérieuse. Mais son abolition n'en est pourtant pas réclamée par l'unanimité des auteurs. Il est toute une école de juristes qui, partisans de l'irresponsabilité plus ou moins totale des magistrats et fonctionnaires de la police judiciaire, s'accommodent fort bien de la prise à partie actuelle ou s'en font même à l'occasion les vigilants défenseurs, jus-

tement en raison de la parfaite sauvegarde qu'elle fournit aux magistrats contre tous risques de poursuite. Ceux-là mêmes qui sont partisans de supprimer la prise à partie du Code ne s'entendent pas sur ce par quoi on devrait la remplacer.

Les motifs de ces discordes résultent des conceptions divergentes adoptées par les auteurs, touchant le problème de la responsabilité des magistrats. Nous ne pouvons donc déterminer dans quelle mesure nous entendons voir protéger la liberté individuelle contre des atteintes arbitraires émanant de magistrats, sans fixer au préalable notre position doctrinale au sujet de la responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

§ I. — EXAMEN ET CRITIQUE DE LA THÈSE

DES PARTISANS DE L'IRRESPONSABILITÉ DES MAGISTRATS

Quelques-uns des défenseurs de l'irresponsabilité des magistrats invoquent à l'appui de leur opinion le vieux dogme de l'infailibilité de l'autorité judiciaire, S'il était permis aux justiciables de douter de l'équité des décisions et de mettre en cause les magistrats qui les ont rendues, leur confiance en la Justice s'effondrerait en même temps que le prestige dont jouissent à leurs yeux ses représentants (21).

Mais outre que cette antique théorie de l'infailibilité des organes du pouvoir judiciaire ne correspond plus à nos conceptions juridiques modernes, nous ne croyons vraiment pas que la responsabilité des magistrats porterait atteinte à leur prestige. Le juge sera toujours, à notre avis, respecté, quand on saura qu'il n'écoute que sa conscience, sans souci des attaques auxquelles il pourrait être exposé de la part des plaideurs mécontents.

(21) L'argument n'est pas neuf. Il avait déjà été employé par LAMOIGNON en 1667 et par BIGOT DE PRÉAMENEU, lors de la discussion du Code de Procédure civile. En réalité, chaque fois qu'il a été question d'étendre la responsabilité des magistrats, ceux-ci se sont crus atteints dans leur dignité et se sont récriés.

Mais, reprennent les partisans de l'irresponsabilité, les risques de poursuites que l'on fait planer ainsi sur la tête du juge n'auront-elles pas pour effet de lui inspirer une crainte paralysant ses initiatives et son zèle, spécialement quand un personnage influent sera en jeu, et d'énervier par voie de conséquence, dans des proportions dangereuses pour l'ordre social, la répression pénale? La colère et les représailles des particuliers, atteints dans leurs intérêts pécuniaires, leur honneur et leur liberté, pourraient les porter à faire un usage abusif de l'action qui leur serait inconsidérément ouverte.

L'argument n'est pas dépourvu de toute valeur. Le danger de rendre les magistrats timorés par la crainte de leur responsabilité et de fournir aux justiciables le moyen d'initier des poursuites vexatoires et abusives doit être pris en considération. Mais nous ne croyons pas qu'il faille, pour parer à ce danger, proclamer l'irresponsabilité totale des magistrats. Quelques garanties protectrices doivent, à notre avis, suffire à les prémunir contre ces risques et à leur permettre de prendre leurs décisions avec toute la liberté d'esprit et l'indépendance souhaitables.

Enfin, les partisans de l'irresponsabilité des magistrats font encore valoir un dernier argument : l'action en responsabilité exercée par l'individu arrêté ou détenu illégalement, déclarent-ils, se révélerait souvent sans valeur réparatrice. Le cas serait fréquent où un juge, sans fortune personnelle et ne percevant qu'un modeste traitement, serait hors d'état de payer les dommages-intérêts auxquels il aurait été condamné. A quoi servirait alors au justiciable lésé d'obtenir la condamnation de l'auteur de l'acte arbitraire, si l'insolvabilité de ce dernier ne permettait pas la mise à exécution du jugement. Mieux vaudrait donc, estiment ces auteurs, instituer, à la place de la responsabilité des fonctionnaires judiciaires, celle de l'Etat, qui assurerait d'une façon plus certaine encore aux justiciables lésés la réparation à laquelle ils ont droit (22).

(22) C'est notamment l'opinion exprimée par MM. LEBON et BRÉGEAULT lors de la discussion sur la responsabilité des magistrats, *Revue pénit.*, 1906, *op. cit.*

Mais il n'est point exact de dire que cette question de responsabilité soit exclusivement une question de réparation et que la meilleure méthode de réparation doive l'emporter sur la meilleure méthode de responsabilité. L'ordre social exige, à notre sens, quelque chose de plus qu'une réparation strictement équivalente au dommage causé par l'abus judiciaire; il exige que cette réparation émane, autant que cela est possible, de celui qui fut l'agent initial du préjudice, parce que c'est dans cette imputation que résident toutes les garanties morales de la responsabilité. La responsabilité n'est pas une question d'équilibre d'intérêts matériels plus ou moins bien assuré, c'est avant tout une question de relation entre les individus envisagés dans leurs droits réciproques. C'est une question de justice sociale. Or, il y a un axiome qui dit que celui-là seul doit porter le poids d'une faute qui en est moralement responsable.

Pour garantir les justiciables contre le risque réel d'insolvabilité du juge, il ne paraît être ni utile ni moral de proclamer l'irresponsabilité de ce dernier, il suffirait simplement d'engager à côté de sa responsabilité la responsabilité, mais seulement subsidiaire, de l'Etat. La victime de l'acte arbitraire serait alors certaine d'obtenir, si le juge était condamné, la réparation qui lui serait due (23).

Ainsi, aucun des arguments développés par les partisans, d'ailleurs de moins en moins nombreux et convaincus, de l'irresponsabilité des magistrats ne nous paraît décisif. Par contre, l'établissement ou plutôt le maintien dans notre droit du régime de l'irresponsabilité des agents du pouvoir judiciaire soulève de très grosses objections d'ordre théorique et pratique.

Observons tout d'abord que le principe de l'irresponsabilité des magistrats constitue dans notre régime juridique et politique une anomalie, qui blesse singulièrement

(23) La loi du 7 février 1933, ainsi que nous le verrons dans un chapitre suivant, engage bien la responsabilité de l'Etat. Mais dans ce système, l'Etat n'est pas subsidiairement responsable, comme cela eût été logique, mais civilement responsable de la condamnation du juge.

l'idéal démocratique dont prétendent s'inspirer les gouvernements modernes. L'un des principes les mieux établis de notre droit public, n'est-il pas que tout pouvoir suppose la responsabilité et que cette responsabilité, contrepoids de l'autorité déléguée aux fonctionnaires, est essentielle au bon exercice de la puissance publique? Ce principe est mis en application par les juridictions administratives. Les pouvoirs des fonctionnaires administratifs sont compensés par la responsabilité qu'ils encourent pour leurs fautes personnelles. On ne voit pas pourquoi seuls les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, qui jouissent pourtant de pouvoirs combien plus redoutables que quiconque sur la liberté individuelle, ne seraient pas assujettis à une responsabilité d'une nature semblable.

Par ailleurs, l'un des caractères dominants de notre droit privé n'est-il pas la subordination de tout pouvoir à la légalité? Si la loi seule est souveraine, le juge qui la viole doit être déclaré responsable; sinon, il est au-dessus d'elle: les droits à la liberté individuelle ne sont alors que des formules stériles et le règne de la loi n'est qu'une dérision.

Mais ce ne sont pas seulement les principes juridiques qui sont en l'occurrence en cause, c'est le respect dû à la liberté individuelle. Nos Constitutions ne se sont pas fait faute depuis cent cinquante ans de proclamer que la liberté de l'individu est le bien primordial, dont l'Etat moderne a l'impérieuse obligation de s'appliquer par dessus tout à protéger et à défendre l'intégrité. Or, les magistrats et officiers de police judiciaire doivent certainement être comptés parmi les fonctionnaires chez qui la mauvaise foi et l'impéritie risquent de porter les plus graves atteintes à ces libertés. L'irresponsabilité judiciaire constitue donc bien, à n'en pas douter, une source de menaces et de dangers constants pour la sécurité des individus.

L'établissement d'une meilleure responsabilité du corps judiciaire français envers les particuliers ne saurait en aucune façon revêtir vis-à-vis de lui les apparences d'un acte de méfiance. Ce serait, au contraire, à notre sens, un

acte de justice à la réalisation duquel les magistrats eux-mêmes ne pourraient que gagner en dignité et en indépendance. « L'irresponsabilité, en inspirant la défiance, éloigne les sympathies de la foule », a judicieusement remarqué M. MORIZOT-THIBAUT (24). Les récents scandales politiques et judiciaires, dont nous avons tous été les témoins attristés, ont une fois de plus prouvé que l'irresponsabilité nuit à la dignité des juges et à l'approbation respectueuse et raisonnée, dont ils doivent être entourés dans l'exercice de leurs fonctions. La seule manière pour eux de gagner le respect et la confiance des justiciables, c'est de leur prouver qu'ils accomplissent fidèlement leur mission et de pouvoir leur dire : « Si je vous ai causé injustement des torts, poursuivez-moi ».

La responsabilité du juge, et spécialement du juge d'instruction, constituerait au surplus pour lui un précieux gage d'indépendance contre les sollicitations venues d'en haut. Nous avons déjà montré la subordination étroite à laquelle était pratiquement soumis le juge d'instruction vis-à-vis du Parquet général et du Parquet d'instance. Le magistrat instructeur ne dispose pas des garanties très efficaces de la publicité de l'audience et de la collégialité. S'il ne se sent pas lui-même assez fort pour résister aux pressions qui pourraient s'exercer sur lui, il puisera dans la conscience de sa responsabilité un adjuvant susceptible de l'y aider vigoureusement.

C'est dans cette parole de MONTESQUIEU que nous croyons en définitive découvrir l'argument le plus opérant, parce qu'il contient tous les autres, en faveur de la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire : « C'est une expérience éternelle, écrivait l'auteur de *l'Esprit des Lois*, que tout homme qui a des pouvoirs est porté à en abuser. Il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites... Qui le croirait ? La vertu même a besoin de limites » (25). La responsabilité, loin d'être outrageante, ne constitue-t-elle

(24) M. MORIZOT-THIBAUT : Rapport à l'Académie des Sciences morales et politiques, 1906, p. 572.

(25) MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, liv. XI, ch. 4.

pas « la limite » la plus morale et la plus conforme à la respectabilité humaine que l'on puisse fixer aux pouvoirs de ceux qui sont investis d'une parcelle de l'autorité publique?

§ 2. — LA SOLUTION PROPOSÉE: RESPONSABILITÉ RÉELLE, SOUS LE COUVERT DE QUELQUES GARANTIES PROTECTRICES

Le principe de la responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre judiciaire étant admis, il convient à présent de déterminer son domaine d'application et les procédés de sa mise en œuvre. Si la thèse de l'irresponsabilité des magistrats doit être combattue, il faut bien en effet se garder de verser dans l'excès contraire, qui consisterait à frapper les juges d'une responsabilité pleine et entière et à les abandonner sans aucune protection aux ressentiments et aux animosités que leurs décisions auront suscités contre leur personne.

Par sa nature même le pouvoir d'un Procureur de la République ou d'un juge d'instruction sur la liberté individuelle comporte une certaine dose, sinon d'arbitraire légal, du moins d'initiative. Et il est indispensable qu'il en soit ainsi. Il est essentiel que le magistrat instructeur jouisse dans la signature de ses mandats et ordonnances d'une pleine liberté d'appréciation. Si le juge d'instruction ne devait arrêter et détenir que lorsqu'il est certain de ne pas se tromper, la justice, à qui l'on reproche déjà d'avoir une marche des plus lentes, marquerait alors dans cette marche de tels hésitations et tâtonnements que son action répressive finirait par en être complètement paralysée.

Il existe deux procédés généraux pour accorder au magistrat qu'on rend responsable quelques garanties protectrices; c'est, pour le fond d'abord, de limiter le domaine d'application de cette responsabilité à certains cas spéciaux, pour la forme ensuite, d'entourer sa poursuite de dispositions restrictives particulières. Le Code a, nous l'avons vu, employé l'une et l'autre de ces deux méthodes. De quelle

façon et dans quelle mesure convient-il d'élargir à ces deux points de vue les règles si restrictives de la prise à partie actuelle? Telle est la question qui reste à résoudre.

1) *Les cas dans lesquels la responsabilité des magistrats pour atteinte à la liberté individuelle devrait jouer*

La comparaison ne manque pas d'être instructive entre la responsabilité actuelle des fonctionnaires ordinaires, telle qu'elle a été établie par la jurisprudence et la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, telle qu'elle résulte de l'article 505 du Code de procédure civile. Les tribunaux administratifs, pour leur part, posent une règle : chaque fois que le fonctionnaire sera sorti de sa fonction, qu'il aura commis une faute personnelle, il devra répondre vis-à-vis des particuliers des conséquences de son acte. Le Code de procédure civile, lui, se contente d'énumérer par avance quelques cas strictement et limitativement déterminés dans lesquels le magistrat sera responsable. De l'opposition entre les deux méthodes découlent les conséquences pratiques suivantes : les fonctionnaires de l'ordre administratif sont soumis à une responsabilité réelle, non proclamée par les textes, mais organisée par la Jurisprudence ; pour les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, un texte du Code de procédure a bien pour objet la mise en œuvre de cette responsabilité, mais en fait elle n'existe pas.

Sans doute, la loi du 7 février 1933 fait-elle mieux désormais que d'énumérer des cas de responsabilité. A l'instar de la juridiction administrative, elle pose un principe, celui de la responsabilité des magistrats pour faute lourde professionnelle ; elle fournit ainsi à la Jurisprudence un critère de discrimination. Il n'y a pas identité entre les deux responsabilités, mais il y a à présent analogie entre les deux méthodes : ce sera désormais à la lumière d'un critère d'ordre général que les tribunaux judiciaires, à l'exemple des tribunaux administratifs, apprécieront si un fonctionnaire ressortissant à leur juridiction doit être

déclaré responsable, vis-à-vis du particulier, de l'acte qui lèse ce dernier.

La loi de 1933 marque donc un effort louable pour rendre effective la responsabilité des magistrats, mais cet effort porte à faux. La méthode adoptée est bonne, mais l'outil est mauvais. Les discussions et hésitations doctrinales, que la notion de « faute lourde professionnelle » a déjà soulevées, en manifestent l'inconsistance. Les termes des nouvelles dispositions législatives autorisent par leur imprécision toutes les interprétations jurisprudentielles. Si l'on considère l'ingéniosité avec laquelle la Jurisprudence s'était déjà appliquée avant 1933 à restreindre le domaine d'application des textes relatifs à la prise à partie, il est à craindre qu'elle parvienne aisément, en développant la même somme de talent et d'habileté, à enlever en ce domaine à la réforme de 1933 toute portée pratique.

Les textes actuels n'autorisent en fait la mise en œuvre de la responsabilité civile du magistrat pour atteinte à la liberté individuelle que dans deux cas : d'abord, lorsque l'arrestation ou la détention est arbitraire, c'est-à-dire, selon le sens que nous donnons à ce terme, lorsqu'elle est ordonnée par l'agent dans la seule intention de nuire à autrui ; ensuite, lorsque l'ordre de privation de liberté est illégal, c'est-à-dire pris en violation d'une disposition législative précise. En toutes autres hypothèses, le magistrat est irresponsable. Le justiciable ne peut obtenir aucune réparation, quand le juge a agi dans la limite de ses attributions, sous le couvert apparent de la légalité et qu'aucune preuve de son intention mauvaise ne peut être rapportée.

Or, il est bien évident que les cas où le magistrat se servira des pouvoirs que la loi lui confère pour assouvir ses passions personnelles et ceux où il méconnaîtra sciemment l'une des obligations professionnelles qu'un texte précis lui impose sont excessivement rares ; nous l'avons déjà observé au cours de l'étude de la responsabilité pénale des juges. L'immense majorité des arrestations ou détentions sans fondement seront dues à une autre cause. Certaines d'entre elles résultent évidemment d'une erreur d'appré-

ciation du juge, d'une de ces erreurs que la faillibilité et l'imperfection humaines excusent et dont on ne saurait sans iniquité lui tenir compte.

Mais cette explication ne vaut pas pour toutes les décisions du juge. Très souvent, nous en sommes convaincus, l'atteinte à la liberté d'un justiciable résulte d'une véritable faute caractérisée du magistrat dans l'exercice de ses fonctions. Un juge d'instruction néglige, par indolence, alors qu'il en avait les moyens, de s'assurer, avant de délivrer un mandat, que ses soupçons sont bien fondés; il omet, par une coupable indifférence, de rechercher certaines preuves de la culpabilité ou de l'innocence du détenu; il ne s'entoure pas des précautions usuelles en semblable occurrence; il commet, dans l'interprétation de certaines pièces ou preuves, une grave erreur de fait ou de droit, qu'il lui eût été aisé d'éviter, s'il avait été plus soucieux de remplir de son mieux ses fonctions ou s'il avait été moins ignorant de certains principes ou dispositions juridiques. L'arrestation ou la détention ordonnée par ce juge d'instruction dans ces conditions ne présente pas les traits d'une mesure arbitraire ou illégale, mais elle n'est pas due non plus à une simple erreur excusable du magistrat dans l'exécution de son service judiciaire. C'est bien plutôt une arrestation ou détention injustifiée, c'est-à-dire une mesure que son auteur avait, au regard de la loi, le droit de prendre, mais dont les circonstances ne justifiaient pas moralement et professionnellement l'emploi. La mesure n'est au fond que d'une légalité virtuelle. Apparemment, elle respecte la loi. En réalité, elle la viole dans son esprit.

A la source de cet acte injustifié, il y a une faute du magistrat. Ce n'est pas une faute intentionnelle, ce n'est pas non plus en général une « faute professionnelle lourde », au sens restrictif que les tribunaux donneront probablement à cette expression, mais c'est plutôt une faute contre les devoirs de la profession. Le titre de magistrat confère à celui qui en est revêtu une très haute mission, celle de défendre l'ordre social et les droits privés; le magistrat dispose pour remplir cette tâche, de pouvoirs très

étendus sur la liberté individuelle et jouit de prérogatives spéciales; mais il est astreint, en échange de ses droits et privilèges, à certaines obligations particulières dérivant du caractère même de ses attributions. L'Etat, en échange des pouvoirs dont il lui délègue l'exercice, le justiciable, en échange de la considération dont il l'entoure, sont en droit d'exiger du juge, outre les connaissances juridiques indispensables, une conscience et une diligence particulièrement vives dans l'accomplissement de ses fonctions, un souci constamment vigilant de respecter les droits de la personnalité humaine. On lui pardonnera ses erreurs, tout au moins celles de ses erreurs qui sont inhérentes à la nature humaine et rentrent dans la pratique courante du service; mais qu'on le rende responsable des fautes commises contre les devoirs que sa profession lui imposait spécialement, c'est-à-dire contre les erreurs, négligences, imprudences qu'un magistrat consciencieux et normalement zélé n'aurait pas commises, quoi de plus juste?

Mais il est clair que cette faute du magistrat contre les devoirs de sa profession ainsi entendue s'apparente avec la faute personnelle dont le fonctionnaire de l'ordre administratif répond devant les tribunaux judiciaires, tandis que l'erreur excusable du juge correspond à peu près au fait de service derrière lequel peut se retrancher le fonctionnaire actionné en responsabilité. Ce rapprochement entre les domaines d'application des deux responsabilités, celle du fonctionnaire judiciaire et celle du fonctionnaire administratif nous paraît d'ailleurs parfaitement logique. Les auteurs, qui veulent conserver aux magistrats leur situation privilégiée par rapport aux autres fonctionnaires, font valoir le danger de poursuites vexatoires. Nous ne méconnaissions pas ce risque, mais il suffit à notre sens, pour y parer, d'accorder aux magistrats des garanties protectrices spéciales dans la mise en œuvre de l'action en responsabilité, c'est-à-dire des garanties de procédure.

Mais les principes mêmes sur lesquels repose la responsabilité des fonctionnaires publics, qu'ils appartiennent à l'ordre administratif ou judiciaire, ont un fondement uni-

que. Il n'existe aucune différence radicale de nature ou d'essence entre les fonctionnaires de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire. Les uns et les autres disposent, pour l'exécution d'un service public, de l'autorité spéciale que leur a déléguée l'Etat, en leur conférant leurs attributions. Au surplus, au point de vue qui nous intéresse particulièrement, le fait d'arrêter un individu, d'ordonner sa détention provisoire, c'est en bonne analyse juridique faire un acte administratif. On ne voit donc pas pourquoi, toute question de procédure mise à part, les juges et officiers de police judiciaire ne répondraient pas des atteintes à la liberté individuelle dans les mêmes conditions que les autres fonctionnaires des diverses administrations de l'Etat.

La responsabilité des magistrats, tout en se rapprochant de celle des autres fonctionnaires, ne se confondrait d'ailleurs jamais complètement avec cette dernière. Le critère si souple et nuancé de faute contre les devoirs de la profession en marque bien le caractère original et spécifique. A chaque profession correspondent des obligations particulières. Ainsi, si la loi rendait les juges responsables de leurs fautes contre les devoirs de leur profession, les cas dans lesquels cette responsabilité serait mise en œuvre seraient toujours appréciés *in concreto* et resteraient donc propres à la fonction de magistrat.

Mais l'analogie entre les deux critères résoudrait bien des difficultés. Les travaux concertés de la doctrine et de la jurisprudence administratives nous offriraient alors les éléments d'une solution, dont il serait aisé de faire l'application aux magistrats. La responsabilité du juge devrait être engagée, lorsqu'on percevrait dans son action « une circonstance matériellement détachable de ce qu'elle aurait dû être, d'après les normes réglementaires ou les pratiques du service », ou lorsqu'on y dénoterait « l'intention de ne pas agir conformément à la loi ou au service », c'est-à-dire lorsque l'arrestation ou la détention à laquelle le magistrat aurait procédé résulterait d'une négligence, omission ou erreur grossière contraire aux devoirs de sa profession. Sa responsabilité serait au contraire dégagee, quand l'acte

qu'on lui reprocherait, « bien que répréhensible, rentrerait dans les normes et pratiques usuelles du service » (26), c'est-à-dire lorsqu'il aurait commis une de ces erreurs courantes inhérentes à la faillibilité et à l'imperfectibilité humaines en même temps qu'aux déficiences de l'organisation du service judiciaire.

Plus simplement, les actes qui correspondent à l'activité et à la diligence moyennes d'un fonctionnaire judiciaire seraient considérés comme des actes de fonction, mais les actes au-dessous de cette moyenne par la maladresse, l'impéritie ou l'ignorance qu'ils révèlent constitueraient des fautes personnelles; en sortant de sa fonction, le juge sort de sa qualité de magistrat et « c'est l'homme qui apparaît avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences ». On doit reconnaître au juge le droit de se tromper, mais toutes erreurs, retards, offenses, illégalités portant atteinte à la liberté individuelle et impliquant une négligence caractérisée, une imprudence, un manque grave de bon sens, d'exactitude ou de réflexion de la part du juge autoriseraient la victime à lui en demander réparation.

Le rôle de la Jurisprudence consisterait alors, si ce critère était adopté, à rechercher, à propos de chacun des cas qui lui seraient soumis, si le magistrat a agi ou non dans l'esprit de sa fonction et si le fait dommageable implique ou non un manquement aux devoirs de la fonction judiciaire. Ce faisant, les tribunaux judiciaires ne tarderaient pas à préciser le contenu et la portée de cette notion de responsabilité pour faute contre les devoirs de la profession, à l'institution de laquelle la protection de la liberté individuelle est, à notre avis, grandement intéressée.

2) La procédure et les garanties susceptibles de protéger les magistrats contre les poursuites abusives

Dans sa mise en œuvre sur le plan procédural, la responsabilité des magistrats recouvre nécessairement un

(26) M. HAURIOU: Précis de Droit administratif, 12^e éd., p. 525.

caractère spécifiquement indépendant des règles administratives.

Les fonctionnaires de l'ordre administratif ont perdu la garantie préventive de l'autorisation préalable aux poursuites judiciaires, qui datait de la Constitution de l'an VIII, mais ils ont conservé la protection résultant de la procédure du conflit. Aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire, particulièrement exposés à des poursuites vexatoires ou injustifiées, il faut, de toute évidence, accorder aussi quelques garanties spéciales.

Les dérogations à la procédure de poursuite de droit commun peuvent se concevoir de deux façons différentes : par la réunion de formes exceptionnelles constituant autant d'obstacles au libre développement de la poursuite ; par l'attribution de sanctions pénales ou civiles particulières à l'échec de la poursuite. Le Code de procédure a eu recours à l'une et l'autre de ces deux méthodes : le système préventif, dans l'institution de l'autorisation préalable et du privilège de juridiction, le système répressif, dans l'établissement de l'amende de folle poursuite et la condamnation du plaideur téméraire à des dommages-intérêts, l'une de ces sanctions abrogée, l'autre maintenue par la réforme de 1933. En prenant en considération les intérêts également respectables du juge et de ses justiciables, que convient-il de maintenir et de modifier dans le système légal ? Telle est la question, qui reste à examiner.

a) *L'autorisation préalable.* — Nous avons déjà noté que la loi de 1933 a heureusement corrigé le système antérieur, en retirant à la juridiction appelée à statuer au fond la faculté d'accorder l'autorisation préalable de poursuivre et en conférant cette faculté au premier Président de la Cour.

Mais le principe même de l'autorisation préalable nous paraît condamnable. Celle-ci aboutit nécessairement à transformer l'autorité qui statue sur l'autorisation en un juge, de la valeur de la demande. L'examen auquel se livre cette autorité étant forcément sommaire, sa sentence ris-

que d'être erronée. En tout cas, l'action en sera singulièrement ralentie et compliquée (27).

Nous ne croyons pas le maintien de cette garantie préventive nécessaire à la protection des magistrats et nous pouvons illustrer notre opinion de l'exemple de la plupart des législations étrangères : aussi soucieuses que la nôtre assurément de préserver de toute atteinte la dignité de leurs magistrats, elles n'en ignorent pas moins le système français de l'autorisation préalable et l'action de la magistrature n'en est pas pour cela entravée par d'incessants procès. C'est par les risques de la poursuite et non par des entraves à son exercice qu'il convient, à notre sens, de protéger efficacement les magistrats contre des poursuites abusives (28).

b) *Le privilège de juridiction.* — Il importe de conserver aux magistrats le bénéfice de leur privilège de juridiction. Loin, en effet, de constituer une entrave pour les justiciables, ce privilège leur fournit au contraire de très réelles assurances contre toute prévention ou partialité des juges appelés à statuer sur la responsabilité du magistrat mis en cause.

c) *Les sanctions réprimant les poursuites vexatoires ou injustifiées.* — A la suppression de tout obstacle préventif à la poursuite doit naturellement correspondre l'organisation d'une répression spéciale des attaques démontrées malveillantes ou inconsidérées.

Si le particulier qui se prétend lésé par l'acte arbitraire d'un magistrat ne se contente pas de poursuivre ce dernier en responsabilité, mais dénonce à tort et de mauvaise foi

(27) M. DUGUIT estime « qu'il est inadmissible de subordonner l'exercice de l'action en responsabilité à une autorisation préalable ». *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., t. III, p. 298.

(28) C'est également l'opinion d'un grand nombre d'auteurs. Citons MM. Paul CUCHE : *Discussion du rapport sur la responsabilité des magistrats, Revue pénit.*, 1906, p. 506 ; LABBÉ : *Note sous Cass.*, 3 août 1874, *S.* 1876-1-193 ; MORIZOT-THIBAUT : *Mémoire à l'Académie des Sciences morales et politiques* ; et GLASSON : *Discussion de ce mémoire, Compte Rendu de l'Académie*, 1905, p. 578 et s.

une infraction imaginaire, il peut être à son tour poursuivi et traduit devant le tribunal correctionnel sous l'inculpation de dénonciation calomnieuse.

Dans les cas où il n'intente contre le magistrat qu'une action civile, il faut instituer des sanctions spéciales. L'amende de folle poursuite, supprimée depuis 1933, devrait alors être rétablie et elle devrait frapper le particulier dont la demande serait totalement inconsiderée ou lui aurait été inspirée par un mobile de malveillance ou d'animosité vis-à-vis du juge mis en cause. Cette condamnation à une peine d'amende pourrait, le cas échéant, se doubler d'une condamnation à des dommages-intérêts envers le juge poursuivi. Il en serait ainsi, si ce dernier était à même d'administrer la preuve d'un préjudice matériel ou moral certain résultant des poursuites dirigées contre lui. Naturellement, si le particulier était débouté de sa demande, il serait en outre condamné aux dépens.

Ces divers risques, corrélatifs à l'échec du demandeur, suffiraient, croyons-nous, à protéger les magistrats contre des poursuites téméraires et sans fondement.

d) *Restriction des garanties de la prise à partie aux juges proprement dits.* — Nous nous sommes déjà longuement étendus sur les dangers d'une Jurisprudence audacieuse, qui fait participer les officiers de police judiciaire subalternes au bénéfice des règles protectrices de la prise à partie. Humbles fonctionnaires pour la plupart, sous la dépendance étroite du pouvoir exécutif ou soumis à toutes les suggestions des influences et des passions locales, les officiers de police judiciaire, plus que tous autres, sont exposés à abuser de leur pouvoir sur la liberté individuelle, soit inconsciemment, soit délibérément, sous l'empire de considérations absolument étrangères à leurs fonctions. Les multiples restrictions actuelles au droit de poursuivre en responsabilité les fonctionnaires judiciaires se conçoivent déjà mal, lorsqu'il s'agit d'un magistrat; mais elles ne se justifient plus du tout, quand l'auteur de l'arrestation est un maire ou un garde champêtre.

Soumettre les officiers de police judiciaire inférieurs aux règles et à la procédure de droit commun aurait pour effet de leur inspirer un prudent respect de la liberté individuelle et de diminuer déjà, à notre avis, dans de notables proportions le nombre des arrestations arbitraires ou injustifiées.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

La responsabilité civile des magistrats, auteurs d'arrestations ou détentions arbitraires ou injustifiées, si large qu'on la conçoive et si étendue qu'on la réclame, laissera toujours en dehors de ses prévisions un certain nombre d'actes, qui, dans l'hypothèse la plus favorable aux particuliers, se ramèneront à tout le moins aux actes de fonction proprement dits. C'est encore là une lacune grave dans l'élaboration d'un système complet de protection de la liberté individuelle et de sécurité des justiciables. Or, à cette lacune, il y a un remède: c'est la responsabilité civile de l'Etat, du fait des magistrats.

Après avoir jeté un coup d'œil sur la responsabilité de l'Etat dans la procédure de la prise à partie actuelle, telle que la loi du 7 février 1933 s'est timidement essayée à l'ébaucher, nous nous efforcerons d'examiner les diverses conceptions doctrinales et de présenter un système assurant aux justiciables, par la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat, la légitime réparation de toute atteinte à leur liberté individuelle résultant d'une arrestation ou détention injustifiée ou erronée.

SECTION I

La responsabilité de l'Etat telle qu'elle est instituée par la loi de 1933

La loi du 7 février 1933 a ajouté à l'article 505 du Code de procédure civile un dernier alinéa ainsi conçu: « L'Etat est civilement responsable des condamnations aux dom-

mages-intérêts qui seront prononcées à raison de ces faits contre les magistrats, sauf son recours contre ces derniers ». Le texte ainsi voté ne correspond pas tout à fait à celui qu'avait élaboré en 1908 la commission sénatoriale chargée de rédiger le projet de loi sur les garanties de la liberté individuelle: « La condamnation aux dommages-intérêts, à raison de ces faits, déclarait ce projet, sera prononcée contre l'Etat, sauf son recours s'il y a lieu contre l'auteur du fait qui aura donné lieu aux réparations ordonnées ». Selon ce projet, c'était donc le magistrat, auteur du dol ou de la faute lourde, qui était seul en cause, et c'était l'Etat, non partie au procès, qui était seul condamné. Aussi cette formule a-t-elle été à juste titre critiquée et remplacée par la formule actuelle.

Les différences entre les deux rédactions nous aident à comprendre le sens exact du texte actuel. Désormais, pour satisfaire aux principes juridiques, d'une part l'Etat devra être mis en cause en même temps que le fonctionnaire, au cours de la poursuite dirigée contre ce dernier, sinon la condamnation ne pourra atteindre que le seul magistrat pris à partie. D'autre part, la mise en cause de l'Etat laissera subsister la responsabilité personnelle et la condamnation propre du juge, qui aura contrevenu à certaines de ses obligations dans le cadre de l'article 505.

L'Etat sera seulement déclaré civilement responsable de ces condamnations vis-à-vis du particulier lésé. Il pourra, après avoir désintéressé le plaignant, exercer un recours contre l'auteur de l'acte arbitraire et il sera à cet effet subrogé aux droits du demandeur contre le magistrat fautif, puisqu'étant tenu avec ce dernier du paiement de l'indemnité, il l'aura seul acquittée (art. 1251, al. 3, Code civil).

Cette responsabilité civile de l'Etat à raison des dols, fraudes ou fautes lourdes commis par les magistrats, n'en apparaît pas moins assez déconcertante. Le dommage, en effet, procède avant tout dans chacune de ces hypothèses d'une faute individuelle, susceptible d'être poursuivie directement par la victime devant les tribunaux judiciaires.

Malgré les modifications de formules, le résultat auquel parvient le texte actuel demeure toujours le suivant : c'est le magistrat qui fait l'objet principal de la poursuite et c'est l'Etat qui est condamné à indemniser la victime.

Certains auteurs se sont efforcés de justifier cette mise en cause et cette condamnation de l'Etat, en l'expliquant par l'idée d'une coexistence ou compénétration de deux fautes : la faute du magistrat n'aurait pu être commise, si l'Etat n'en avait pas mis les instruments à la disposition du coupable et l'auteur en contact avec la victime. La faute de l'Etat consisterait dans le fait d'avoir conféré des attributions et délégué une part de son autorité à une personne dont les maladresses ou négligences ultérieures prouvent qu'elle n'était pas en état d'exercer la profession de magistrat.

Cette explication doctrinale ne laisse pas que d'être des plus contestables. Si la faute du fonctionnaire était plus ou moins atténuée par une faute concomitante de l'Etat, le recours que ce dernier peut exercer contre le magistrat, pour obtenir le remboursement de la totalité des dommages-intérêts versés à la victime, demeurerait inexpliqué et injustifié.

A vrai dire, la responsabilité de l'Etat, à raison des fautes commises par les magistrats, est directement inspirée des principes qui dominent l'article 1384 du Code civil. Toute notion de faute personnelle et de faute de service est ici délibérément écartée. La situation de l'Etat vis-à-vis du magistrat est assimilée à celle du commettant vis-à-vis de son préposé. La faute du juge entraîne la responsabilité civile de l'Etat, parce que ce dernier est présumé avoir lui-même commis une faute dans le choix du fonctionnaire coupable, et cette présomption est absolue.

Il y a donc, dans la réforme de 1933, une méconnaissance totale des principes de droit public. L'Etat n'est d'ordinaire responsable que des fautes de service commises par ses fonctionnaires, et sa responsabilité ne se cumule pas, en règle générale, avec celle de l'agent ; or, pour les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, il sera responsable la

plupart du temps pour des fautes personnelles de l'agent du service judiciaire, et sa responsabilité se cumulera avec celle du magistrat. La loi récente tend, au surplus, à instituer une trompeuse et fâcheuse identité entre les rapports spécifiques qui lient le fonctionnaire à l'Etat et les rapports civils contractuels entre un patron et ses employés. Ce nous est un motif suffisant pour la combattre vigoureusement (1).

Nous savons bien qu'en déclarant l'Etat civilement responsable des condamnations encourues par le magistrat pris à partie, le législateur s'est avant tout soucié de mettre le demandeur à l'abri de l'insolvabilité éventuelle du juge. Le but recherché est donc louable. Mais il n'était ni logique ni nécessaire, pour l'atteindre, de déclarer l'Etat civilement responsable des fautes commises par les fonctionnaires judiciaires. Il eût suffi de limiter la responsabilité de l'Etat, en en faisant seulement une responsabilité subsidiaire de celle du magistrat, aux seuls cas d'insolvabilité notoire du juge condamné. Les principes juridiques eussent été mieux respectés et les justiciables eussent pourtant bénéficié des mêmes garanties contre le risque d'insolvabilité du juge pris à partie.

Mais les critiques les plus vives qu'il convient d'adresser au système proviennent de l'insuffisance notoire de la réforme opérée. Les justiciables n'en retirent en tout et pour tout que ce modeste avantage d'être préservés contre le danger de l'insolvabilité du magistrat qu'ils poursuivent en dommages-intérêts. Le législateur s'est refusé à différencier le domaine d'application de la responsabilité du juge de celle de l'Etat. Dès lors que le fonctionnaire n'est pas responsable, l'Etat ne peut être mis en cause. Quand un particulier a été injustement atteint par un acte du

(1) Signalons en passant une autre conséquence moins grave, mais tout aussi paradoxale, de l'application de la loi de 1933. Parmi les juges pouvant être pris à partie au sens de l'art. 505, il en est, tels les gardes particuliers, qui ne sont pas fonctionnaires de l'Etat, mais qui remplissent leurs fonctions dans l'intérêt de propriétaires fonciers. La responsabilité civile de l'Etat paraît bien, dans la circonstance, devoir être rejetée. L'application littérale du nouvel art. 505 obligerait cependant la Jurisprudence à l'admettre.

pouvoir judiciaire, et quand il a notamment fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention erronée, qui n'implique aucune faute imputable à l'un de ses agents, l'Etat se désintéresse du préjudice parfois immense causé au justiciable par le jeu des institutions et du service judiciaires, et il se proclame irresponsable.

Il y a là une nouvelle et terrible lacune dans notre système légal de protection de la liberté individuelle, à laquelle la loi du 7 février 1933 ne s'est nullement préoccupée de remédier. Il nous reste à déterminer quels procédés il conviendrait de mettre en œuvre pour y parvenir.

SECTION II

La responsabilité de l'Etat à raison des arrestations ou détentions erronées, telle qu'elle devrait être organisée

§ I. — NÉCESSITÉ D'INSTITUER LA RESPONSABILITÉ DE L'ETAT

L'institution de la responsabilité de l'Etat se heurte à une grosse objection de principe : celle de l'irresponsabilité de l'Etat, en matière de législation, de réglementation et d'administration de la Justice. L'exercice du pouvoir judiciaire est, prétend-on généralement, au même titre que l'exercice du pouvoir législatif, « l'une des plus hautes et plus expressives manifestations de la souveraineté du peuple français ». Les réclamations à titre litigieux ne seraient donc pas plus recevables contre les actes judiciaires, juridictionnels ou non, que contre les actes législatifs ou les actes de gouvernement. Ceux qui rendent la justice au nom du peuple souverain participent à une fonction souveraine, et dès lors l'Etat ne peut être déclaré responsable de leurs erreurs (2).

Nous ne sommes pas qualifiés pour entrer dans la discussion de cette explication juridique quelque peu périmée

(2) Voir en ce sens LAFERRIÈRE : *Traité de la Juridiction administrative*, 2^e éd., t. II, p. 184. — BERTHÉLEMY : *Traité de Droit administratif*, 5^e éd., p. 76. — TEISSIER : *Répertoire de Droit administratif*, Mot Responsabilité, n° 42.

de l'irresponsabilité de l'Etat. Notons toutefois qu'elle contient, même chez ses partisans les plus convaincus, une bonne dose d'hypocrisie. Les jugements sont rendus « au nom du peuple français ». Mais la formule n'abuse plus personne. En réalité, les décisions judiciaires sont l'œuvre directe des organes de l'Etat et non l'émanation d'une hypothétique souveraineté populaire. « Les pouvoirs de législation et de justice ne font pas encore figure de droits subjectifs réellement intégrés dans la personne de l'Etat », selon la formule de M. HAURIOU (3), mais nous croyons que l'évolution actuelle des principes de notre droit public ne tardera pas à opérer cette transformation conforme à la réalité des choses et aux besoins juridiques contemporains.

En tout cas, en admettant même que cette notion de souveraineté corresponde à une réalité, « elle ne se manifeste pas, ainsi que l'a fait remarquer M. DUGUIT, d'une manière plus intense dans l'acte juridictionnel que dans l'acte administratif, et si elle ne s'oppose pas à la responsabilité de l'Etat administrateur, il n'y a pas de raison pour qu'elle s'oppose à la responsabilité de l'Etat juge ». Affirmer que du principe de la souveraineté de la puissance publique découle l'irresponsabilité totale et absolue de l'Etat en matière judiciaire, ce serait donc d'abord contredire la doctrine jurisprudentielle de la responsabilité de l'Etat, à raison des dommages causés par ses services publics; ce serait ensuite aboutir à cette conséquence inadmissible de placer au-dessus du droit et de la Justice ceux qui exercent une part quelconque de l'autorité judiciaire.

Il y a déjà bien des cas d'ailleurs où l'Etat s'oblige à réparer le préjudice résultant pour les particuliers de véritables actes de souveraineté: ainsi l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui est une opération de puissance publique, s'accompagne du versement au propriétaire d'une indemnité égale à la valeur de son immeuble.

(3) HAURIOU: Précis de Droit administratif et de Droit public, 12^e éd., p. 507.

Mais il y a en matière judiciaire une exception bien plus frappante au principe de l'irresponsabilité de l'Etat dans l'administration de la Justice: c'est la procédure de révision des procès criminels, organisée par la loi du 8 juin 1895 (art. 443 à 447, Code d'instr. crim.). Le droit, pour la victime d'une erreur judiciaire, de demander la révision du jugement de condamnation et de réclamer à l'Etat des dommages-intérêts à raison du préjudice que lui a causé ce jugement, a été consacré, non pas même comme l'affirmation pour l'Etat d'un devoir moral d'assistance, qui, purement bénévole, viendrait tempérer envers le condamné innocent les rigueurs de l'irresponsabilité, mais bien comme la reconnaissance d'une obligation juridique certaine de l'Etat envers les particuliers et comme l'application à son égard des règles générales de la responsabilité. Dès lors qu'un jugement ou arrêt de révision du procès criminel antérieur constate formellement l'erreur, l'Etat est responsable vis-à-vis du condamné du dommage subi par ce dernier, même si l'erreur résulte d'un cas fortuit. L'allocation sollicitée par le justiciable ne lui est refusée qu'au cas où la condamnation erronée prononcée contre lui aurait été due à l'attitude fautive de ce dernier, c'est-à-dire au cas où il aurait égaré volontairement la Justice ou commis un dol.

Le principe ainsi posé, il n'y a pas de raison de s'attarder à la situation présente, d'après laquelle la loi, faisant un choix quelque peu arbitraire, délimite certaines catégories de préjudices ouvrant le droit à indemnité et laisse, pour toutes les autres catégories, l'Etat se soustraire à la responsabilité, dont elle-même a affirmé le caractère obligatoire. De ce qu'une poursuite aboutit à une condamnation, de ce qu'une autre s'arrête devant la juridiction de jugement ou d'instruction, la cause du dommage est toujours, dans l'un et l'autre cas, la même: une erreur de justice. Si le préjudice subi par le détenu, qui bénéficie d'un non-lieu ou d'un jugement d'acquittalment, est en général moindre que celui dont est frappé l'individu injustement condamné, il n'y a là qu'une différence quantitative, qui ne change rien à

l'essence et à la nature du droit lésé. Il est donc à souhaiter que le législateur fasse un nouveau pas dans la voie qu'il a ouverte, en mettant à la charge de l'Etat l'obligation d'indemniser toute appréhension injustifiée d'un citoyen par les magistrats, au cas où ceux-ci n'ont commis aucune faute personnelle.

D'ailleurs, au point de vue des principes, si la réparation des erreurs judiciaires est accordée par la loi à ceux qui ont été injustement condamnés, à *fortiori* doit-elle l'être à ceux qui ont été injustement poursuivis. Il ne s'agit plus, en effet, dans ce dernier cas, des dommages que cause le magistrat jugeant, mais de ceux que provoque le fonctionnaire judiciaire procédant à une arrestation ou ordonnant une détention préventive. Il serait logique, en tous cas compréhensible, d'admettre, en vertu des principes de la souveraineté de la puissance publique et de l'autorité de la chose jugée, qu'aucune réclamation litigieuse n'est recevable contre une décision juridictionnelle proprement dite, c'est-à-dire une décision « dont le contenu juridique s'analyse en une constatation ayant force de vérité légale » (4). Mais les décisions des agents de l'autorité judiciaire ordonnant l'arrestation ou la détention préventive ne sauraient être assorties de la même intangibilité, parce que ces décisions n'ont pas un caractère juridictionnel. La fonction du magistrat, dans ce dernier cas, n'est pas de nature différente de celle des agents administratifs. Ce n'est pas en qualité de juge proprement dit que le juge d'instruction signe ses mandats d'amener ou de dénot, mais en qualité d'officier de police judiciaire, c'est-à-dire d'agent de l'administration judiciaire chargé, non pas de rendre la justice, mais de seconder la justice, en préparant et facilitant sa tâche. A propos des actes d'instruction et de police judiciaire, le principe de l'irresponsabilité de l'Etat apparaît vraiment comme inexplicable et dépourvu de tout fondement.

(4) DUEZ : Responsabilité de la Puissance publique.

Aucun obstacle d'ordre juridique ne s'oppose donc à la mise en cause de l'Etat à raison des arrestations et détentions ordonnées ou opérées par ses agents.

Quant à la nécessité d'instituer cette responsabilité de l'Etat, elle ne fait aucun doute pour ceux qui veulent préserver la liberté individuelle contre toute menace et toute atteinte injustifiée. La responsabilité civile des magistrats s'avère insuffisante à assurer cette protection. Dans la législation actuelle, les magistrats peuvent être pris à partie pour faute lourde professionnelle, et tout porte à croire que la Jurisprudence interprétera très restrictivement ces termes. Dans le système que nous préconisons, le magistrat devrait répondre de ses fautes contre les devoirs de sa profession, c'est-à-dire des arrestations ou détentions qu'il aurait ordonnées, par suite d'une négligence, d'une omission ou d'une ignorance impardonnable dans l'exercice de ses fonctions.

Mais à supposer même que ce système libéral soit adopté, il n'en demeurerait pas moins que la partie lésée ne saurait exercer contre l'auteur de l'arrestation une action en réparation qu'à la charge de relever une faute certaine et personnelle du magistrat. Lorsque le justiciable a été privé de sa liberté à la suite d'une erreur excusable du juge ou du mauvais fonctionnement du service judiciaire lui-même, le magistrat est à juste titre fondé à s'en laver les mains, mais l'Etat décline lui aussi toute responsabilité. Il se peut que l'individu arrêté par erreur ait subi de longs mois, parfois des années de détention préventive, il se peut que le préjudice matériel et moral résultant de la mesure erronée prise à son encontre soit immense, qu'elle brise sa carrière, détruise sa réputation ou jette sur son honneur, malgré le non-lieu ou l'acquittement, une suspicion définitive. Tout cela importe peu aux yeux de la loi. Quand l'erreur aura été reconnue, on rendra au détenu sa liberté et on lui déclarera qu'il peut s'estimer heureux d'avoir pu faire la preuve de son innocence et d'avoir ainsi échappé à une condamnation pénale. Quant au dommage subi par la victime de l'erreur, il est simple-

ment mis sur le compte des « risques inhérents à l'organisation des services judiciaires » (5).

Et pourtant, les dommages purement matériels et parfois insignifiants, résultant pour un particulier du fonctionnement défectueux d'un service public administratif, ne permettent-ils pas à ce dernier de poursuivre l'Etat en dommages-intérêts? L'Etat est responsable de toute faute du service public. Il n'y a aucune raison d'écarter cette responsabilité, quand la faute est commise par le service judiciaire (6).

Bien mieux, l'Etat répond même de certains dommages causés aux particuliers, sans qu'on puisse relever aucune faute positive de la part de ses services. Ainsi, en sa qualité de gardien de l'ordre public, il garantit les citoyens contre les dommages matériels résultant pour eux d'attroupements ou de troubles sur la voie publique. Il est vraiment curieux de penser que l'individu à la maison duquel quelques vitres ont été brisées au cours d'une manifestation populaire peut en demander réparation à l'Etat et que celui qui a été, par suite d'une déficience inhérente à la pratique du service judiciaire, détenu à tort pendant plusieurs mois n'a aucun recours contre personne. L'Etat est chargé d'assurer l'ordre public. Sans doute; mais n'est-il pas également chargé de faire régner la justice?

Les individus, qui sont condamnés, ont droit à l'impunité de leur détention préventive sur la durée de leur peine. L'équité la plus élémentaire n'exige-t-elle pas qu'on tienne à plus forte raison compte à l'inculpé de sa détention préventive, quand son innocence est reconnue?

(5) Nous négligeons intentionnellement les cas où les poursuites injustifiées ont été provoquées par une dénonciation ou une plainte dénuée de fondement émanée d'un particulier. Dans ces hypothèses, l'individu reconnu innocent pourrait poursuivre en dénonciation calomnieuse le plaignant. Il pourrait également demander à ce dernier réparation du préjudice subi devant le tribunal civil, sur le fondement de l'art. 1382. Enfin, la loi du 2 juillet 1931 lui ouvre une procédure simplifiée et rapide devant le tribunal correctionnel, qui lui permet d'obtenir des dommages-intérêts, s'il est à même d'administrer la preuve de la mauvaise foi ou de la témérité de son dénonciateur.

(6) Voir en ce sens DUGUIT : *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd., t. III, p. 544 et s.

Dans un pays, qui se prétend décidé à garantir la liberté individuelle contre toute atteinte, il faut avouer que cette impossibilité pour les victimes d'arrestations et détentions erronées d'en obtenir réparation constitue une situation aussi inquiétante que paradoxale, à laquelle seule la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat serait apte à remédier.

§ 2. — FONDEMENT JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

Le principe de la responsabilité de l'Etat à raison des arrestations ou détentions erronées étant admis, il n'est rien de plus aisé que d'en découvrir le fondement juridique. Il n'est que d'insérer cette nouvelle responsabilité dans le cadre des différentes catégories actuelles de responsabilité de l'Etat, dans plusieurs desquelles elle s'adapte parfaitement.

Le rapprochement, dont nous sommes partisans, entre la responsabilité du magistrat pour faute contre les devoirs de sa profession et celle du fonctionnaire pour faute personnelle, nous conduit logiquement à rendre l'Etat responsable, en matière de police judiciaire, dans les cas où il y a ce qu'on appelle, s'agissant de la responsabilité de l'Etat en matière administrative, un fait de service. Nous entendons par là les circonstances où il est impossible de relever dans un acte, qui a cependant causé un dommage à un justiciable, autre chose qu'une erreur à peu près inévitable, un résultat de l'agencement défectueux du service judiciaire (7). Le propre du fait de service est de ne pouvoir être imputé à une faute précise et personnelle de l'agent qui l'a exécuté, mais d'être dû plutôt à un défaut dans l'organisation même du service, à un manque

(7) M. HAURIOU définit le fait de service : « Les négligences, omissions, erreurs qui, bien que répréhensibles, sont dans les habitudes du service et par conséquent ne sont pas détachables du service » (Précis de Droit administratif et de Droit public, 12^e éd., p. 528). C'est le critère auquel nous estimons devoir nous rallier et dont nous jugeons l'application souhaitable, dans le domaine de la police judiciaire,

de surveillance des autorités supérieures ou à l'absence des instructions nécessaires (8).

L'obligation pour l'Etat de réparer le dommage particulier qui en résulte n'en demeure pas moins fondée sur l'idée d'une faute. L'élément de faute demeure étroitement lié à la notion de fait de service. Si un individu a été à tort poursuivi, arrêté et incarcéré, on peut, le plus souvent, découvrir une faute à la base de l'erreur commise. Ce sera un vice dans les institutions ou une inadvertance dans leur application, c'est-à-dire en fin de compte un reproche imputable, non à l'agent du service judiciaire, mais aux organes de l'Etat qui ont réglementé et mis en œuvre ce service, donc à l'Etat lui-même.

Mais cet élément de faute, nécessairement impliqué dans la notion de fait de service, ne laisserait pas que de contrecarrer parfois l'action en réparation ouverte au justiciable contre l'Etat, puisqu'elle exigerait du particulier lésé qu'il rapportât la preuve de cette faute. Or, le relâchement de l'individu arrêté, une ordonnance de non-lieu rendue en sa faveur ou un jugement d'acquiescement ne suffisent pas pour établir une preuve irrécusable de la faute de service. L'arrestation ou la détention peuvent être dues à un concours de circonstances déconcertant toutes les prévisions humaines, c'est-à-dire, à proprement parler, à un cas fortuit, exclusif de toute faute.

Doit-on alors priver le justiciable de tout droit à réparation, même lorsqu'il subit, du fait de l'atteinte injustifiée à sa liberté individuelle, un préjudice considérable, hors de toute proportion avec les avantages que la masse des citoyens retire du fonctionnement du service de la Justice et de la police judiciaire. Beaucoup d'auteurs ne le pensent pas. Aussi préconisent-ils d'insérer la respon-

(8) Cette responsabilité de l'Etat en matière judiciaire à raison des faits de service, est préconisée par un certain nombre d'auteurs. Citons M. DUGUIT, qui estime que « l'Etat doit être déclaré responsable envers les particuliers du préjudice résultant pour eux du mauvais fonctionnement du service de la justice, quand il n'y a pas décision juridictionnelle ayant force de chose jugée » (Traité de Droit constitutionnel, 3^e éd., t. III, p. 299). — M. ROLLAND : Les réparations dues aux particuliers en cas d'arrestation arbitraire, *Revue de Droit public*, 1909, p. 723 et s.

sabilité de l'Etat en cas d'erreur judiciaire, tout au moins lorsqu'aucune faute de service ne peut être relevée, dans la catégorie de la responsabilité administrative pour l'accident ou pour le risque.

Les explications que fournissent ces auteurs à l'appui de leur thèse ne manquent pas d'ailleurs d'être ingénieuses et séduisantes. L'erreur judiciaire deviendrait un risque inhérent à l'exercice même de la fonction judiciaire, une sorte d'accident dans le fonctionnement du service de police ou de justice. Or, l'Etat est institué pour assurer le plus grand bien du plus grand nombre. Aucun des citoyens ne doit être tenu de contribuer, pour une part supérieure à la sienne, aux charges de la collectivité. Et c'est le rôle de l'Etat de maintenir cette égalité des individus devant les charges publiques. Les dommages exceptionnels que le pouvoir judiciaire cause à des particuliers doivent donc être supportés par tous ceux dans l'intérêt de qui ce pouvoir est exercé.

Autrement dit, c'est dans l'intérêt général que fonctionne « la machine judiciaire » ; c'est donc sur tous les justiciables que doivent se répartir les risques et les accidents inhérents à son fonctionnement. Ainsi l'exigent les principes de solidarité et de mutualité, qui constituent le fondement même de nos institutions privées et publiques.

Dans l'hypothèse particulière d'une arrestation ou d'une détention erronée, la procédure et l'instruction criminelle ont bien lieu dans l'intérêt de tous, car la répression est d'intérêt collectif. Mais ce sont les droits d'un seul justiciable qu'elles lèsent, c'est le droit à la liberté d'un seul individu qui est méconnu. La collectivité, c'est-à-dire l'Etat, doit donc à celui-ci réparation du sacrifice, par hypothèse immérité, qu'il a dû subir au nom de l'utilité générale (9).

(9) Cette théorie est notamment soutenue, sous des formes assez peu variées, par les auteurs suivants : NESMES-DESMARETS : De la Responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire envers les particuliers, th. 1910 ; LACON : Rapport sur les garanties de la liberté individuelle, *Revue pénit.*, *op. cit.* ; LE POITTEVIN : Les indemnités dues aux victimes d'erreurs judiciaires, *Revue pénit.*, 1895, p. 1242 et s. ; SELIGMAN : Des indemnités aux

Ainsi, dans cette thèse, toute notion de faute proprement dite est exclue; le dommage suffit à fonder la réparation. Les dommages-intérêts dus par l'Etat y acquièrent la même nature que les indemnités allouées aux victimes de désastres causés par la guerre, la tempête ou l'inondation et aux indemnités que les patrons versent à leurs ouvriers, victimes d'accidents de travail. Les devoirs d'assistance et de solidarité sociales constituent leur véritable fondement juridique. Il y a là une extension dans un domaine nouveau du mouvement législatif et jurisprudentiel moderne, qui, par les lois sur les dommages de guerre, sur les réparations dues aux sinistrés et plus anciennement sur les accidents de travail, entend rendre la responsabilité plus objective, moins liée à la preuve d'une culpabilité individuelle ou même d'une faute du service public (10).

En tout cas, toutes considérations doctrinales mises à part, cette théorie du risque facilite considérablement l'action de la victime, puisqu'il suffira à cette dernière de prouver le lien de causalité existant entre le préjudice et l'acte attentatoire à sa liberté pour obtenir réparation. Cette théorie a donc pour principal mérite d'élargir heureusement le domaine et la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat en matière d'arrestation et détention erronées.

§ 3. — LA MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT

La loi du 8 juin 1895 a, nous l'avons vu, opéré une première brèche dans la théorie de l'irresponsabilité de l'Etat à raison du préjudice causé par l'œuvre même de

victimes d'erreurs judiciaires, *Revue politique et parlementaire*, 1895, p. 91 et s.

(10) Citons, pour donner une idée de l'ampleur de ce mouvement législatif moderne fondé sur l'idée de solidarité sociale et de risque, la loi du 9 avril 1898 sur le risque professionnel applicable aux ouvriers de l'Etat non fonctionnaires, la loi du 16 avril 1914 sur la responsabilité de l'Etat en cas d'émeute, les lois des 31 mars et 24 juin 1919 sur les pensions de guerre, la loi du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre, la loi du 3 mai 1921 sur la responsabilité de l'Etat en cas d'explosion dans les usines travaillant pour l'Etat.

la Justice. Il suffit donc, par une progression prudente, d'élargir quelque peu cette brèche, en étendant aux individus arrêtés et détenus à tort le bénéfice de réparations du même genre. Le domaine d'application et les règles de la mise en œuvre de cette nouvelle responsabilité de l'Etat doivent, à notre sens, être déterminés, en tenant compte du fondement juridique sur lequel cette responsabilité s'appuie et en s'inspirant des précédents français, à savoir la loi de 1895, et des précédents étrangers.

Le principe de la réparation due par l'Etat aux victimes d'arrestations et détentions erronées est en effet reconnu par un certain nombre de législations étrangères, plus hardies et plus soucieuses de la liberté individuelle que la nôtre. Citons-en quelques-unes. La Suède promulgue, le 12 mars 1886, une loi statuant sur l'indemnité à accorder aux frais de l'Etat aux innocents arrêtés ou condamnés (11). Au Danemark, la loi du 5 avril 1888 rend l'Etat pécuniairement responsable des détentions préventives et des condamnations injustifiées (12). La plupart des cantons suisses, et notamment la loi du canton de Bâle du 9 décembre 1889, accordent une indemnité à ceux qui ont été indûment incarcérés (13). La loi islandaise du 26 octobre 1893 détermine les cas où les détenus innocents auront droit à indemnité (14). Un grand pays, tel que l'Allemagne, institue en 1904 un système analogue: la loi du 14 juillet 1904 décide que l'Etat devra une indemnité aux individus acquittés ou relaxés de la poursuite, quand la preuve de leur innocence sera rapportée ou qu'il sera démontré qu'il n'existe aucun soupçon fondé contre eux (15).

L'exemple de ces législations étrangères ne manque pas que d'être instructif. Il nous prouve que la mise en œuvre des principes proposés ne se heurte à aucun obstacle

(11) Suède, loi du 12 mars 1886, *Annuaire lég. étrang.*, t. XVI, p. 591.

(12) Danemark, loi du 5 avril 1888, *Annuaire lég. étrang.*, t. XVIII, p. 752.

(13) Canton de Bâle, loi du 9 décembre 1889, *Annuaire lég. étrang.*, t. XIX, p. 685.

(14) Islande, loi du 26 octobre 1893, *Annuaire lég. étrang.*, t. XXIII, p. 576.

(15) Allemagne, loi du 14 juillet 1904, *Ann. lég. étrang.*, t. XXXIV, p. 49.

pratique sérieux et il nous instruit des différentes règles et limitations qu'il conviendrait d'instituer dans notre droit, pour que l'indemnisation ne soit accordée qu'à bon escient et pour que l'Etat ne soit pas accablé par une nouvelle charge budgétaire trop lourde.

La question a d'ailleurs déjà fait en France l'objet de maintes études et propositions de réforme. Le sieur DUPORT, député à l'Assemblée Constituante, n'avait-il pas déjà saisi celle-ci, en 1791, d'une proposition de loi ainsi conçue: « Lorsqu'un accusé aura été acquitté, il pourra présenter requête pour obtenir de la société une indemnité, sur laquelle requête il sera statué par le tribunal criminel » ? (16). Sous le Consulat, TARGET, membre de la Commission chargée d'opérer la refonte de la législation criminelle, dans son rapport au Conseil d'Etat, proposait dans ces termes l'institution de la responsabilité de l'Etat à raison des erreurs judiciaires: « C'est une pensée noble et belle que d'accorder aux innocents, soumis aux rigueurs d'une procédure criminelle et acquittés, un témoignage public d'honneur et une indemnité, à ceux que l'état de leur fortune réduit à l'impuissance de supporter le dommage que ces épreuves leur ont causé... Mais nous ne proposons le témoignage d'honneur et l'indemnité nationale que pour ceux dont l'innocence sera constatée et prouvée ». Ce projet ne fut pas adopté, et ce n'est qu'en 1892 que la question fut à nouveau discutée devant le Parlement. M. POURQUERY DE BOISSERIN déposa une proposition de loi tendant à ajouter l'alinéa suivant à l'article 446 du Code d'instruction criminelle: « Toute personne poursuivie pour crime ou délit et acquittée, toute personne arrêtée préventivement sous l'inculpation d'un crime ou d'un délit, dont l'instruction sera clôturée par une ordonnance ou un arrêt de non-lieu, aura la faculté de demander une indemnité, qui pourra lui être accordée dans les cas suivants: 1° lorsqu'une autre personne aura été définitivement condamnée pour le même fait ou ne pourra plus

(16) Séance du 4 février 1791, *Moniteur* du 5 février.

l'être, conformément au deuxième alinéa du troisième paragraphe de l'article 443; 2° dans les cas prévus par les paragraphes 3 et 4 de l'article 443 pour le faux témoignage; 3° lorsqu'il résultera de la décision mettant fin aux poursuites que le fait ne constitue ni crime ni délit ». Ce texte fut voté par la Chambre le 7 avril 1892, mais il fut moins heureux devant le Sénat, qui, en redoutant les conséquences budgétaires, le rejeta.

Quelques années plus tard, lors de la discussion de la loi de 1895, le Parlement fut encore saisi d'une proposition d'une portée semblable, émanée de MM. CLICHÉ et CASTELIN. La Chambre et la Commission du Sénat proposèrent l'extension du droit à indemnité aux détenus bénéficiaires d'une ordonnance de non-lieu ou d'un jugement d'acquittement. Le Conseil d'Etat et le Gouvernement combattirent cette proposition et obtinrent gain de cause. La Chambre était encore saisie, le 4 avril 1922, d'une proposition de loi de MM. POITOU-DUPLESSIS et ANTIER (17), tendant à instituer deux ordonnances de non-lieu motivées, l'une pour insuffisance de preuves, ne comportant aucune responsabilité ni sanction, l'autre pour reconnaissance complète d'innocence et ouvrant au bénéficiaire ou à ses ayants droit une action en dommages-intérêts contre l'Etat. Cette proposition n'eût pas plus de succès que les précédentes (18).

Cette persistante hostilité du Parlement vis-à-vis d'une réforme, dont le caractère équitable ne fait aucun doute, s'explique plus encore, croyons-nous, par les quelques difficultés d'ordre pratique que sa mise en œuvre soulève que par des considérations de principe. Ces difficultés, sans être négligeables, ne sont nullement insurmontables. Nous allons nous efforcer de démontrer qu'à l'exemple des législations étrangères, il est très possible d'introduire dans notre droit un système d'indemnisation juste et rationnel.

(17) Voir *Journ. off.*, 1922, annexe 4234.

(18) Il existe seulement au Ministère de la Justice un faible crédit pour allocation à titre purement bénévole d'indemnités en faveur d'individus arrêtés pour vagabondage et remis en liberté ou d'individus ayant bénéficié d'un non-lieu ou ayant été acquittés.

1) *Détermination des bénéficiaires
éventuels de l'action en dommages-intérêts*

Nous ne nous attarderons pas au cas d'une arrestation opérée mal à propos et de son propre chef par un agent auxiliaire de la police judiciaire, un commissaire ou un agent de police, lorsque l'individu appréhendé est relâché après une simple vérification de son identité. Une arrestation de cette nature doit, à notre avis, engager la propre responsabilité de celui qui l'a opérée, si elle est arbitraire, illégale ou gravement injustifiée.

Mais il s'agit le plus souvent d'une simple erreur non consécutive à une faute personnelle de l'agent contre les devoirs de sa charge; ainsi, au cours de manifestations ou attroupements sur la voie publique, il est fréquent et inévitable, lorsque le service d'ordre se trouve débordé par son insuffisance numérique, que, parmi les individus qu'il appréhende, certains ne soient pas des manifestants ou des perturbateurs, mais de simples passants ou de placides spectateurs. Dans ce dernier cas et dans des hypothèses analogues, nous n'estimons pas nécessaire d'ouvrir à l'individu appréhendé et relâché quelques moments ou quelques heures plus tard, un recours contre l'Etat: le dommage matériel ou moral, dont le plaignant devrait faire état, nous semble en l'occurrence trop minime pour justifier une action en réparation.

La question est autrement intéressante et délicate à résoudre, lorsqu'un réquisitoire introductif a ouvert une information contre un individu, que celui-ci a été appréhendé en exécution d'un mandat du juge d'instruction et qu'il a été soumis au régime de la détention préventive. Supposons qu'après quelques mois d'information, le juge rende en faveur de l'inculpé une ordonnance de non-lieu ou que, traduit devant une juridiction répressive, celle-ci acquitte le prévenu. Cette ordonnance de non-lieu, ce jugement d'acquiescement ne sont pas assortis dans l'état actuel de notre instruction criminelle d'une signification unique. L'abandon des poursuites ou le défaut de sanctions pénales

peuvent, dans certains cas, consacrer l'innocence du prévenu. Dans d'autres cas, elles n'expriment qu'un doute sur sa culpabilité. Mais les termes de la décision judiciaire rendue en sa faveur ne reconnaissent jamais d'une manière précise sa non-culpabilité. Le juge d'instruction motive le plus souvent ses ordonnances de non-lieu, en se fondant uniquement sur l'absence de charges suffisantes (19). Il n'est pas davantage dans les coutumes du Tribunal correctionnel de déclarer clairement dans son jugement de relaxe que le prévenu n'est pas l'auteur du fait qui lui est reproché. Quant aux arrêts de Cours d'assises, ils ne sont pas du tout motivés. Ni l'innocence de l'inculpé, du prévenu ou de l'accusé, ni l'erreur du ministère public ou du juge d'instruction ne sont donc jamais établies d'une façon certaine.

Les auteurs, partisans du statu-quo, ont alors beau jeu à proclamer que, puisqu'il n'est pas démontré qu'on ait eu tort de poursuivre le détenu, l'Etat doit profiter du doute et n'être astreint à aucune obligation d'indemnisation, comme l'inculpé profite du doute et n'est pas puni.

La première réforme qu'il conviendrait d'opérer, parce qu'elle conditionne la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat, serait celle qui instituerait deux variétés d'ordonnances de non-lieu et de jugements d'acquittement correctionnels, les premiers pour insuffisance de charges, les seconds pour reconnaissance formelle d'innocence.

Certains auteurs rejettent cette distinction, parce qu'elle aurait pour effet de créer deux classes d'acquittés et de ne pas laver de tout soupçon ceux qui appartiennent à l'une de ces classes.

Mais ne peut-on pas répondre à cette objection que la situation, telle qu'elle résulte actuellement de la pratique judiciaire, est pire encore ? Ce sont tous les bénéficiaires de non-lieu, tous les acquittés sur qui continue à peser la suspicion publique. L'argument des adversaires du principe de la réparation conduit à sacrifier l'intérêt des individus

(19) Voir, sur la motivation des ordonnances de non-lieu, M. G. MALET : *Etude de Jurisprudence sur les ordonnances de non-lieu*, th. 1936, p. 43 et s.

les plus intéressants à celui de ceux qui le sont beaucoup moins. La Justice ne consent pas actuellement à délivrer à ceux des inculpés qui ont administré la preuve péremptoire de leur innocence un certificat formel de non-culpabilité. L'ordonnance ou le jugement rendu en leur faveur est rédigé en des termes identiques à ceux dont il est fait usage à l'égard des prévenus qui ne peuvent être condamnés, parce que la certitude matérielle absolue de leur culpabilité fait défaut. Parce qu'elle se refuse à reconnaître clairement son erreur, la Justice légitime tous les soupçons dont demeure entouré celui qui a fait à tort l'objet de poursuites pénales inconsidérées. A défaut même de tout recours en dommages-intérêts, nous estimons qu'il serait équitable d'accorder à l'innocent acquitté cette réparation morale que constituerait l'ordonnance ou le jugement proclamant sans ambiguïté son innocence.

Mais cette création de deux variétés d'ordonnances de non-lieu et de jugements d'acquittement présenterait pour l'individu innocent un autre avantage: elle l'autoriserait à poursuivre la réparation pécuniaire du dommage auquel l'erreur judiciaire l'aurait exposé. Devraient donner ouverture à une action en dommages-intérêts contre l'Etat les décisions judiciaires établissant que les faits répréhensibles n'ont pas été commis par l'individu inculpé ou que ces faits ne constituent ni un crime ni un délit ou encore les décisions constatant que le prévenu est pénalement irresponsable ou a fait valoir un fait justificatif exclusif de toute culpabilité (20).

Au contraire, si l'ordonnance de non-lieu ou le jugement d'acquittement avait été rendu au bénéfice du doute, toute voie de recours serait naturellement fermée à l'ancien inculpé. Ce dernier ne pourrait prétendre à aucune répara-

(20) Nous trouvons, dans la loi danoise du 5 avril 1888, un exemple d'application de ces principes. L'art. premier de cette loi déclare: « Celui qui, après avoir été soumis à la détention préventive, est ensuite acquitté ou mis en liberté, sans que l'affaire soit poursuivie jusqu'au jugement, a droit à une indemnité à fixer par le juge, pour le tort, le préjudice et la perte pécuniaire qu'il a subis par suite de la privation de sa liberté, lorsqu'il résulte nécessairement des explications fournies qu'il était innocent du délit pour lequel il a été détenu. »

tion non plus, quand la décision de relaxe ne résulte pas d'une discussion et d'un examen du fond de l'affaire, c'est-à-dire quand la question de culpabilité demeure entière. Ainsi en est-il lorsque l'action publique est irrecevable et notamment éteinte par la prescription ou lorsque le prévenu fait valoir une excuse absolutoire: celle-ci l'exempte bien de la peine, mais elle laisse subsister la faute.

Il faut même, semble-t-il, se montrer plus restrictif encore dans l'octroi de l'action en dommages-intérêts aux individus arrêtés et détenus à tort. Il arrive fréquemment que le juge abandonne les poursuites ou que le Tribunal relaxe le prévenu, parce qu'un des éléments constitutifs du délit fait défaut. L'individu relâché n'est pas, dans ce cas, pénalement répréhensible, il n'a commis aucune faute pénale proprement dite. Les faits qui avaient motivé la poursuite dirigée contre lui n'en constituent pas moins parfois une grave faute morale contre la probité, l'honneur ou les bonnes mœurs. Il serait inique et immoral que l'individu acquitté dans ces conditions fut admis à se prévaloir des conséquences de ses vices ou de sa turpitude, pour en faire jaillir à son profit un droit à une réparation de la part de l'Etat. La loi allemande du 14 juillet 1904 l'a parfaitement compris, et dans son article 2, elle spécifie: « L'indemnisation pourra être écartée par le tribunal, quand les faits accomplis par le prévenu présentent un caractère d'improbité ou d'immoralité grave, lorsqu'ils ont été accomplis par un prévenu qui était alors en état d'ivresse ou lorsqu'il appert des circonstances que ces faits étaient les préparatifs d'un crime ou d'un délit ».

L'action en indemnisation devrait aussi, s'inspirant à nouveau des exemples allemand et danois (21), être refusée au détenu qui aurait provoqué à dessein la détention préventive ou qui l'aurait justifiée par une négligence grossière dans l'utilisation de ses moyens de défense. Le dol

(21) Loi danoise du 5 avril 1888, art. 2: « Le droit à indemnité ci-dessus déterminé cesse, lorsque l'intéressé a lui-même donné lieu par sa conduite à la détention préventive. Toutefois, lorsque le juge reconnaît que la conduite suspecte du prévenu peut avoir été déterminée par la peur, le trouble ou une erreur inexcusable, il peut lui allouer une indemnité réduite en proportion. »

ou la faute de négligence de l'inculpé couvre et excuse au moins partiellement l'erreur du service judiciaire.

Ainsi donc, selon le système que nous proposons, l'individu arrêté et détenu par erreur ne pourrait exercer un recours en réparation contre l'Etat qu'à charge de justifier de sa totale innocence pénale et morale. La preuve de cette innocence résulterait des termes clairs et explicites auxquels le juge d'instruction ou le Tribunal correctionnel devraient recourir pour motiver leurs ordonnances ou jugements.

On pourrait même obliger le juge d'instruction et le Tribunal, non seulement à motiver leurs décisions de relaxe ou d'acquittement, mais encore, faisant droit aux conclusions spéciales formulées par l'inculpé ou le prévenu, à réserver, par une disposition expresse de leur décision, son recours éventuel en réparation, si les conditions légales requises pour l'exercice ultérieur de cette action étaient réunies. D'ailleurs, en Cour d'assises, comme on ne peut exiger des jurés qu'ils motivent leurs décisions, il faudrait nécessairement adopter un système semblable; il suffirait, par exemple, de poser au jury, en cas de réponse négative à la question de non-culpabilité, la question subsidiaire suivante: Y a-t-il lieu à indemnité?

Cette réserve spéciale de l'exercice éventuel de toutes voies de recours postérieures en indemnité n'aurait d'autre effet que d'autoriser l'inculpé relaxé ou le prévenu acquitté à se pourvoir ultérieurement, si bon lui semblait, en dommages-intérêts, devant la juridiction compétente pour en connaître. Mais elle laisserait à cette dernière juridiction son entière liberté d'appréciation, quant à l'évaluation du préjudice effectif subi et de l'indemnité due à ce titre.

Ainsi, pour voir prospérer son action en dommages-intérêts, le plaignant n'aurait plus à prouver son innocence, qui résulterait de plein droit, sans aucun nouvel examen au fond, des termes de l'ordonnance de non-lieu ou du jugement d'acquittement rendu en sa faveur. Mais il devrait, par contre, rapporter la preuve du préjudice qu'il prétendrait avoir souffert. Au cas où l'arrestation a été suivie

d'une détention préventive, ce préjudice existe toujours, car il est au moins moral. Il peut d'ailleurs s'accompagner, selon les circonstances, d'un dommage matériel plus ou moins considérable, dont il appartiendrait au Tribunal d'apprécier l'importance.

2) *Formes et procédure de l'indemnisation*

a) *Juridiction compétente.* — La première question à résoudre est celle de déterminer quelle juridiction devrait être déclarée compétente, pour connaître des actions en responsabilité dirigées contre l'Etat.

Rejetons tout de suite l'idée émise par quelques auteurs. Il conviendrait, à leur avis, de conférer compétence à certaines commissions administratives spéciales, créées de toutes pièces pour statuer sur les réparations dues par l'Etat aux personnes inculpées et détenues à tort. Devant de telles commissions, le justiciable serait privé des garanties d'impartialité et de publicité dont il jouit au cours de débats judiciaires. Leur institution ne se concevrait donc que si l'indemnité était allouée au plaignant à titre de secours d'assistance et si l'Etat n'était tenu à réparation que par l'effet d'un simple devoir moral de solidarité. Or, nous avons déjà expliqué que nous estimons équitable et utile de conférer à cette réparation le caractère d'un véritable droit pour la partie lésée et d'une obligation juridique précise pour l'Etat. C'est donc, non devant des commissions administratives statuant sans débats et arbitrairement, mais devant de véritables tribunaux que nous souhaitons voir les victimes d'arrestations et détentions erronées admises à poursuivre l'Etat en réparation.

Reste à décider à quel ordre de juridiction il conviendrait d'attribuer compétence. D'après quelques auteurs, au nombre desquels il faut mentionner M. DUGUIT, le tribunal compétent devrait être le Conseil d'Etat, puisque cette juridiction a la connaissance de tous les procès en responsabilité des services publics (22).

(22) DUGUIT : Traité de Droit constitutionnel, t. III, p. 547 à 560.

Nous avouons ne pas partager cette façon de voir. Observons tout d'abord que le principe, selon lequel les tribunaux administratifs seraient seuls compétents pour déclarer l'Etat débiteur, est aujourd'hui abandonné par presque toute la doctrine (23). A notre avis, ce sont les juridictions judiciaires qui devraient être déclarées exclusivement compétentes, pour toutes les actions en responsabilité à raison du fonctionnement du service judiciaire, même pour celles dirigées contre l'Etat. C'est là l'opinion fortement motivée d'un grand nombre d'auteurs (24). C'est également l'avis, et la chose est curieuse à noter, du Conseil d'Etat lui-même. Il a déclaré, à maintes reprises, qu'il s'immiscerait dans l'administration de la Justice, s'il se mettait à apprécier les actes de celle-ci et il s'est reconnu incompétent, chaque fois que le fonctionnement de la Justice était en jeu, qu'il s'agisse d'actes juridictionnels ou même de simples actes d'administration judiciaire. C'est ainsi que, saisi de la plainte d'un contribuable à raison d'une inculpation pour dissimulation de bénéfices de guerre, inculpation ayant abouti à un non-lieu, il refusa en ces termes d'en connaître : « Considérant que la faute alléguée se rattacherait à un acte d'instruction judiciaire ; que dans ces conditions, le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour en connaître » (25). Dans un autre arrêt, la juridiction administrative affirme même d'une manière plus explicite encore la compétence judiciaire : « Considérant que le dommage, dont le sieur Dubois demande réparation à l'Etat et qu'il prétend imputable à une faute du service public, a son origine dans le fait du commissaire de police d'Aubervilliers ; considérant que dans l'espèce le commissaire de police a agi comme officier de police judiciaire et que l'ap-

(23) Voir M. MESTRE : De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur, th. 1899.

(24) Citons M. ROLLAND : Réparations dues aux particuliers en cas d'arrestation arbitraire, *Revue de Droit public*, 1909, p. 738 ; M. FLINIAUX : Le cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité morale administrative, *Revue de Droit public*, 1921, p. 355.

(25) Arrêt C. d'Etat, 17 juillet 1931, Lorin, *Rec.*, p. 801. Voir dans le même sens, arrêts C. d'Etat, 7 mars 1919, Chanron, *Rec.*, p. 243 ; 20 février 1924, Tric, *Rec.*, p. 193 ; 18 janvier 1924, Cottarel, *Rec.*, p. 231.

préciation des fautes qui lui sont reprochées est essentiellement de la compétence de l'autorité judiciaire » (26).

Remarquons d'ailleurs que la compétence judiciaire, en cas de responsabilité de l'Etat pour arrestation ou détention erronée, est seule en harmonie avec les solutions législatives antérieures. Au cas d'erreur judiciaire, c'est, selon la loi de 1895, le tribunal même appelé à prononcer la révision qui accorde au condamné l'indemnité sollicitée. La responsabilité civile de l'Etat de la loi de 1933 est elle-même mise en œuvre devant la juridiction judiciaire compétente pour connaître de l'action en dommages-intérêts dirigée contre le magistrat.

Enfin, parmi les divers tribunaux judiciaires, compétence devrait être normalement reconnue, pour statuer sur la demande d'indemnisation, à la juridiction civile de droit commun.

b) *Evaluation du préjudice.* — La juridiction, saisie après un non-lieu ou un acquittement, d'une demande de dommages-intérêts, devrait, si les conditions de la réparation étaient réunies, évaluer le préjudice subi par le plaignant. L'idéal serait d'accorder à ce dernier une réparation complète.

La réparation du dommage moral lui sera déjà partiellement assurée par l'ordonnance de non-lieu ou le jugement d'acquittement, mais cette simple décision de relaxe se manifestera parfois bien insuffisante à remplir ce rôle. Le préjudice moral dégénère souvent, en effet, en un préjudice matériel : ainsi, l'atteinte à l'honorabilité de l'individu peut le priver de son crédit auprès de ses concitoyens ; elle peut aussi avoir des répercussions sur sa santé, provoquer par exemple la folie ou l'atténuation de ses facultés mentales. Il serait injuste que le tribunal n'en tint pas compte dans l'évaluation du dommage et de l'indemnité.

Quant au préjudice matériel proprement dit, il s'avérera parfois, lui aussi, considérable. La détention préventive de

(26) Arrêt C. d'Etat, 25 février 1921, Dubois, *Rec.*, p. 231.

l'inculpé peut le priver du travail qui le faisait vivre et le laisser dénué de toute ressource ou gravement atteint dans sa fortune.

Mais seules les répercussions directes de la mesure erronée prise à l'encontre du plaignant devraient donner lieu à réparation. Nous serions d'ailleurs assez portés à reconnaître au tribunal la faculté de prendre en considération des facteurs indépendants en apparence de la faute et du dommage, tels que l'aisance ou les besoins du demandeur (27).

Enfin, une fois la partie lésée désintéressée, il faudrait reconnaître à l'Etat condamné le droit d'exercer éventuellement un recours subsidiaire contre la partie civile, le dénonciateur ou le faux témoin, par la faute duquel la poursuite aurait été entamée (28). L'Etat devrait bénéficier d'une subrogation légale dans les droits de l'indemnisé, pour exercer, à concurrence des dommages-intérêts versés, une action en remboursement de ceux-ci contre tous les tiers, qui, par des actes contraires au droit, auraient provoqué l'arrestation ou la détention préventive (29).



Telles sont, dans leurs grandes lignes, les réformes qu'il conviendrait, croyons-nous, de promulguer, pour assurer aux victimes d'arrestations et détentions injustifiées ou erronées une réparation satisfaisante.

Au système désuet et pratiquement inutilisable de la prise à partie, il faudrait d'abord substituer une procédure aisée de mise en œuvre de la responsabilité personnelle du magistrat, chaque fois que celui-ci pourrait être convaincu

(27) Voir à ce sujet, à titre de précédent, la loi suédoise du 12 mars 1886.

(28) Ces recours subsidiaires sont accordés à l'Etat par la loi allemande du 14 juillet 1904.

(29) Naturellement, les fonctionnaires judiciaires, auteurs de l'arrestation ou de la détention, seraient toujours à l'abri de recours subsidiaires de cette nature, puisque par hypothèse la mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat et sa condamnation auraient pour effet de conférer à l'erreur le caractère d'un strict fait de service et d'exclure en conséquence la responsabilité personnelle des magistrats et agents de la police judiciaire.

d'avoir commis, en portant atteinte à la liberté d'un justiciable, une faute contre les devoirs de sa profession.

Quand les mesures attentatoires à la liberté résulteraient d'erreurs inévitables du service de la police judiciaire, l'Etat, chargé de veiller à la bonne marche de tous les services publics, devrait en répondre, comme il répond, après procédure de révision, des erreurs commises par ses tribunaux.

Le principe de l'irresponsabilité de l'Etat dans l'administration de la Justice ne saurait faire échec à l'institution de cette responsabilité, car ce vieux principe s'effrite de jour en jour. La responsabilité de l'Etat, à raison des dommages causés par le service judiciaire, suit en ce moment une évolution tardive, mais analogue à celle qu'a déjà suivie en jurisprudence la responsabilité de l'Etat pour les autres services publics. Peut-être est-il permis d'espérer prochain le terme de cette heureuse évolution !

QUATRIÈME PARTIE

Etude de quelques législations étrangères

Nous ne visons pas ici à entreprendre une étude complète de droit comparé en matière d'arrestation et détention arbitraires. Une telle étude nous entraînerait à des développements hors de proportions avec le cadre nécessairement limité que nous avons dû assigner à notre travail.

Au surplus, cette étude ne présenterait pas, croyons-nous, un grand intérêt. Notre but, en examinant les législations étrangères, est d'y découvrir certains exemples, dont notre droit français pourrait tirer parti, certaines règles et garanties qu'il aurait intérêt à leur emprunter, pour combler les lacunes et les déficiences de son système actuel de protection de la liberté individuelle. Or, si mal assurée que soit cette liberté dans nos institutions, beaucoup de pays étrangers, soumis à des régimes politiques dans lesquels les droits de l'individu ne comptent guère, ne se préoccupent pas de fournir aux libertés individuelles ces garanties minima essentielles, dont notre droit les a tout de même pourvues. Il serait donc totalement vain de s'attacher à l'étude de ces législations étrangères fondées sur des principes juridiques et politiques diamétralement opposés à ceux qui sont à la base de nos institutions.

Aussi avons-nous jugé utile et suffisant de limiter notre examen à quelques législations particulièrement évoluées dans un sens libéral et démocratique. Nous étudierons en premier lieu le droit anglais que tous les auteurs s'entendent à reconnaître comme un droit modèle en matière de protection de la liberté individuelle. Nous examinerons ensuite la législation belge, très voisine de la nôtre. Nous

donnerons un aperçu sur les institutions très libérales de certains cantons suisses, qui assurent aux victimes d'arrestations ou détentions injustifiées une réparation civile très sûre et très complète. Nous consacrerons enfin quelques pages à un examen sommaire des nouveaux codes pénaux italiens, qui, sans être de tendance libérale, constituent une synthèse harmonieuse des différentes conceptions doctrinales relatives au problème des relations entre la sécurité sociale et la liberté privée.

CHAPITRE PREMIER

LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE DANS LE DROIT ANGLAIS

La notion de la liberté est si profondément gravée dans les mœurs anglaises que, selon l'expression de BLACKSTONE, « elle a pris véritablement racine dans le territoire britannique ». Une constante méfiance contre l'autorité, une lutte séculaire contre ses empiètements et ses excès de pouvoir ont lentement façonné le tempérament anglais et lui ont patiemment inculqué cet amour de la liberté, qui forme à présent l'un des traits spécifiquement autochtones de ses institutions.

Mais les conceptions juridiques sur lesquelles reposent ces dernières ne laissent pas que de dérouter quelque peu au premier abord l'esprit français fermement attaché à certains principes inconnus de nos voisins d'outre-Manche : la confusion des pouvoirs, l'absence de tribunaux administratifs, la soumission des fonctionnaires à la loi applicable aux particuliers, l'irresponsabilité de l'Etat, l'immense considération dont est entouré le juge, le pouvoir dont jouissent certains tribunaux de se créer une Jurisprudence de règlement, de fonder un véritable droit prétorien et de devenir ainsi une branche du pouvoir législatif sont autant des principaux traits, qui accusent les différences radicales séparant les conceptions anglo-saxonnes des conceptions françaises. Il est essentiel de ne pas perdre de vue ces dissemblances caractéristiques au cours de l'étude des institutions anglaises, car elles en expliquent la portée et en limitent en même temps la valeur d'exemplarité.

Nous ne pouvons donc entreprendre l'examen des principales garanties dont jouissent les citoyens britanniques contre les arrestations et détentions arbitraires, garanties au premier rang desquelles figure la célèbre institution de l'*habeas corpus*, sans dire au préalable quelques mots du droit d'arrestation et de détention en législation et jurisprudence anglaises.

SECTION I

Etude sommaire du droit d'arrestation et de détention

§ I. — L'ARRESTATION

Distinguons l'arrestation légale opérée en vertu d'un titre judiciaire et l'arrestation spontanée.

Le droit anglais connaît deux sortes de mandat. Le juge peut, quand l'infraction est légère, lancer un simple avertissement à comparaître devant lui appelé *sommon*, analogue à notre mandat de comparution. Lorsqu'au contraire les charges relevées contre l'inculpé sont graves ou que la partie plaignante certifie sous la foi du serment la sincérité de sa plainte, l'arrestation est en général estimée nécessaire; le juge lance alors un *warrant to apprehend* ou un *warrant to arrest*. Le droit de délivrer un *warrant* appartient dans les affaires ordinaires au juge de paix, qui a des attributions semblables à celles d'un juge d'instruction français.

Le *warrant*, indiquant le motif d'arrestation, daté et signé par le juge est remis pour exécution au *constable* (1) ou à un officier de paix. Quand il y a eu mort d'homme, c'est au *coroner*, officier auxiliaire de justice, que revient le soin de procéder à une enquête et de délivrer un *warrant* d'arrestation contre l'individu soupçonné d'avoir commis un meurtre. Le droit de décerner un *warrant* appartient exceptionnellement aussi aux Cours de Justice des sessions trimestrielles, quand un *bill d'indictment*, c'est-à-dire un

(1) Le *constable* est un agent du service judiciaire chargé de maintenir l'ordre public et de procéder aux arrestations.

acte d'accusation formel a été dirigé contre une personne en liberté. Ce dernier *warrant* s'appelle le *bench warrant*.

Mais le droit d'arrestation spontanée sans mandat est lui-même très largement accordé. Toute personne est tenue d'appréhender l'individu surpris en flagrant délit et de le maintenir en état d'arrestation jusqu'à ce qu'il soit remis à la police. Si une personne en accuse une autre d'avoir commis contre elle un *assault*, c'est-à-dire une attaque grave, un *constable* peut, même s'il n'a pas été témoin personnel de l'agression, procéder à l'arrestation provisoire de l'individu dénoncé, après avoir obligé le plaignant à fournir caution qu'il donnera suite à sa plainte.

En dehors même de tout flagrant délit, un *constable* peut, lorsqu'un des crimes que la loi anglaise qualifie de *felony* a été commis, arrêter tout individu qu'il soupçonne pour un motif raisonnable d'en avoir été l'auteur. De nuit, l'arrestation de l'individu, qu'on suppose en train de commettre un *act indictable* (2), peut être effectuée par un citoyen quelconque, sans titre ni mandat. Celui-ci peut, s'il ne suffit pas à arrêter le délinquant, déclencher la vieille poursuite « à cor et à cris » ; tous ceux qui y prennent part sont alors justifiés au cas d'erreur. Seul le promoteur de la poursuite s'expose à une peine d'emprisonnement, s'il agit inconsidérément. La personne ainsi arrêtée doit être conduite à la station de police la plus proche et y être maintenue jusqu'au moment de comparaître devant le magistrat de police.

L'arrestation par un officier de police est même possible sur un simple soupçon de mauvaise conduite ou de projet criminel. Un citoyen est par exemple menacé de mort ; il saisit de ses craintes le magistrat. Celui-ci fait comparaître le délinquant éventuel et lui fait souscrire un

(2) Les *acts indictables* sont ceux qui sont jugés par le jury devant les Cours de sessions trimestrielles, les Cours d'assises de comtés et, à Londres, devant la Cour centrale criminelle. Les actes qui relèvent de ces juridictions sont les crimes appelés trahisons ou félonies et les délits graves surnommés *misdemeanours*. Au contraire, les simples *offences* ou délits peu sérieux sont *acts non indictables*, jugés sans jury par les justices sommaires (petites sessions et Cours de police).

cautionnement, une « garantie de ne pas troubler la paix publique ». Si l'infraction n'est pas réalisée dans un certain temps, la somme versée est restituée. Si l'individu ne peut pas payer le cautionnement exigé, il est emprisonné pour une durée qui ne peut excéder douze mois, et il bénéficie d'un régime de détention spécial, adouci. Peuvent être soumis à l'application de la même peine préventive tous ceux qui, par leur genre de vie, leurs fréquentations, semblent des criminels en puissance.

Ce système d'engagement sous caution appelé *recognition* constitue à vrai dire une dangereuse atteinte légale à la liberté individuelle; il facilite les dénonciations calomnieuses, favorise les vengeances privées. Ces emprisonnements préventifs à toute infraction peuvent, selon l'expression de M. GLASSON, être qualifiés de « lettres de cachet au petit pied ». Il faut d'ailleurs reconnaître que la pratique judiciaire ne fait du redoutable pouvoir qui lui est ainsi conféré qu'un usage très prudent et modéré.

Le droit d'arrestation est donc plus largement accordé en Angleterre qu'en France. Les appréhensions y sont plus fréquentes et plus faciles. Mais, d'une part, le droit de résistance à un ordre arbitraire d'arrestation est reconnu à celui qui en fait l'objet. Celui qui emploie des voies de fait au cours de cette résistance bénéficie d'une excuse légale. Le meurtre (*murder*) devient un homicide involontaire (*man's laughter*). L'agent du pouvoir n'est pas, au contraire de ce qui se passe en France, couvert par une présomption de légalité.

D'autre part, si l'arrestation demeure facile, la détention est difficile : sa légalité est soumise, comme nous allons le voir, à une vérification sévère.

§ 2. — LA DÉTENTION

L'officier de police ou le particulier, qui a effectué l'arrestation, est dans l'obligation de conduire immédiatement le prévenu devant le magistrat; sinon, il est coupable de détention illégale et frappé de peines rigoureuses. Le juge

procède alors à un interrogatoire à la suite duquel il a le choix, s'il inculpe l'individu arrêté, entre les trois solutions suivantes : la mise en liberté provisoire pure et simple, la mise en liberté sous caution, l'incarcération préventive. La mise en liberté sous caution constitue, dans la plupart des cas, non une faveur, mais un véritable droit pour l'inculpé. Pour certains crimes ou délits graves, le juge a néanmoins la faculté de refuser de le libérer : ainsi en est-il des félonies, escroqueries, recels, outrages à la pudeur.

Pour soumettre l'inculpé à la détention préventive, le juge décerne contre lui un mandat de dépôt appelé *warrant of commitment*, qu'il est dans l'obligation de motiver. Avant l'envoi en jugement et tandis que l'inculpé est *under remand*, de multiples garanties le protègent contre toute atteinte arbitraire à sa liberté. La première de ces garanties résulte de la durée très courte de validité des *warrants* ; ils n'autorisent la détention que pour huit jours au maximum, à l'expiration desquels ils doivent être renouvelés par *recommandation*. Tout prisonnier doit d'ailleurs être, sauf cas exceptionnels, dans les vingt jours traduit devant les juges du royaume.

Si la liberté sous caution a été refusée à l'inculpé dans un des cas où elle était de droit, ce dernier peut faire appel de l'ordonnance du juge devant la Cour du Banc du Roi. Si le refus de liberté est dû à la malice ou à l'animosité personnelle du magistrat, l'inculpé peut poursuivre directement ce dernier devant les Cours supérieures.

Enfin, la dernière et la plus précieuse de ses garanties réside dans sa faculté de demander un *writ d'habeas corpus to be bailed*. L'importance de cette institution originale et spécifiquement anglaise est telle que nous allons y consacrer quelques développements particuliers.

SECTION II

Etude des garanties contre l'arrestation et la détention arbitraires

§ 1. — GARANTIE PRÉVENTIVE: L'INSTITUTION DE L'HABEAS CORPUS

L'*habeas corpus* anglais, fièrement surnommé par nos voisins d'outre-Manche « le boulevard des libertés anglaises », est une institution à la fois préventive et répressive. On entend par *writ d'habeas corpus* (3) l'ordonnance émanée d'une Cour supérieure ou d'un de ses juges, à la requête d'un individu qui se croit détenu arbitrairement, enjoignant au gardien de la prison de présenter à cette Cour ou à ce juge le corps du détenu dans un certain délai, afin de vérifier la légalité de l'emprisonnement.

1° *Aperçu sur les sources et l'évolution historique de l'institution*

La grande Charte, concédée en 1215 par le roi Jean sans Terre à ses barons révoltés contre son autorité despotique, peut être à juste titre considérée comme le fondement des libertés anglaises. Elle assurait à tous les citoyens anglais des garanties contre l'arbitraire et elle leur reconnaissait le droit de résistance légale, si ces garanties n'étaient pas respectées par le pouvoir royal. « Aucun homme libre, proclamait-elle, ne sera arrêté ou emprisonné ou dépouillé ou mis hors la loi ou exilé et il ne lui sera fait aucun dommage..., si ce n'est en vertu du jugement légal de ses pairs ou en vertu de la loi du pays ». L'article 26 de la Charte posait aussi la liberté provisoire comme la règle et restreignait autant que possible l'application et la durée de la détention préventive.

Dès le XIII^e siècle, s'institua, à titre d'incident de la procédure criminelle, la coutume de délivrer un *writ*

(3) Le *writ* commence par ces mots : « Habeas corpus ad faciendum subji-
ciendum et recipiendum... » ; d'où l'appellation d'*habeas corpus*.

judiciaire d'*habeas corpus*, enjoignant au *sheriff* ou au gardien du détenu de le représenter devant une Cour supérieure chargée d'examiner la validité de l'emprisonnement.

Mais cette procédure était inefficace contre les arrestations ordonnées par le roi ou par son conseil privé (4). Les protestations du pays obligèrent le roi et le Parlement à promulguer en 1640 un statut déclarant que « si quelqu'un était mis en prison par ordre du roi en personne ou de son conseil privé ou de l'un des membres de son conseil, il serait accordé à ce prisonnier, sans aucun délai sous quelque prétexte que ce fût, un *writ d'habeas corpus*, sur demande ou requête motivée à la Cour du Banc du Roi ou des Plaids communs ».

Mais à défaut de sanction, ces principes étaient trop aisément tournés ou violés. En 1679, Charles II acorda enfin à son peuple l'*act d'habeas corpus*, que les Anglais considèrent comme une autre grande Charte du royaume. Le bill de 1679 est intitulé : « Acte pour mieux garantir la liberté des sujets et pour prévenir l'envoi des prisonniers outre-mer » (5). Il sanctionne les anciennes règles légales et coutumières, améliore la procédure et donne en fin de compte une forme officielle et statutaire aux pratiques consacrées depuis très longtemps en vertu de la *common law*.

A partir de l'acte de 1679, l'institution de l'*habeas corpus* a été à peu près fixée dans ses grandes lignes ; le statut n'en a plus guère été modifié, jusqu'à l'époque actuelle.

2° *L'institution de l'habeas corpus dans son état et son fonctionnement actuels*

Le *writ d'habeas corpus* est délivré à la requête de tout individu qui se dit illégalement emprisonné ou à la requête de toute personne s'intéressant au détenu. Mais

(4) C'était ce qu'avait décidé la Cour du Banc du Roi en 1627 dans une affaire célèbre : *The five Knight's case*.

(5) *Act for better securing the liberty of the subjects and for prevention of imprisonments beyond the seas*.

l'habeas corpus est un simple *remedy* à une détention illégale. Il n'est pas directement pourvu d'un caractère répressif. Aussi faut-il, pour l'obtenir, justifier d'une détention actuelle. Cette voie de recours serait fermée à celui qui aurait déjà été libéré. Elle serait inaccessible aussi, en raison de son caractère subsidiaire, au détenu qui disposerait d'un autre moyen de recouvrer sa liberté.

Naturellement, la détention doit être par quelque côté illégale, pour motiver une requête. Le droit de solliciter un *writ d'habeas corpus* serait donc ouvert à celui qui aurait été incarcéré sans une cause valable de détention ou sur un ordre de détention émanant d'une personne incompétente, ou encore à celui à qui la mise en liberté sous caution aurait été refusée sans motif suffisant, ou qui n'aurait pas été mis en état d'accusation et jugé dans le délai légal, ou enfin à celui qui prouverait qu'il n'a pas commis l'infraction dont il est inculpé.

La pétition est adressée, soit à la Cour du Banc de Roi, soit personnellement à l'un des douze juges du royaume (Banc du Roi ou Plaids communs) présents à Londres, si la Cour est en vacance judiciaire. Elle est accompagnée d'*affidavits*, c'est-à-dire de dépositions faites sous serment, par lesquelles le détenu ou des tiers attestent la réalité de l'atteinte illégale à la liberté. Si la demande de *writ* était totalement injustifiée, le détenu encourerait d'ailleurs une condamnation pour outrage à la Cour et son avocat serait lui-même personnellement responsable, s'il se faisait sciemment le porte-parole d'un détenu de mauvaise foi; ainsi, tout risque de requêtes abusives est-il évité.

Le *Crown Office* répond à la pétition par une convocation (*summon*) aux parties intéressées, pour examiner la demande et décider s'il doit y être donné suite. Celui des douze juges ou le Chancelier, qui, sur la présentation d'un warrant d'emprisonnement irrégulier, refuserait de délivrer un *writ*, serait condamné à une amende de 500 livres au profit de la partie lésée.

Si la Cour estime qu'il y a lieu d'émettre le *writ*, elle donne immédiatement l'ordre de le délivrer. Le *writ*

lui-même, rédigé alors par le *solicitor* du plaignant est expédié au géôlier de la prison. Sommation lui est faite d'avoir à produire dans un très bref délai le corps de l'inculpé (*have the body*) et de fournir toutes justifications utiles de la légalité de la détention.

Si le gardien de la prison ne répondait pas à ce *writ* dans le délai fixé, il serait poursuivi pour *contempt of court* (outrage à la Cour), condamné à une amende de 100 livres au minimum au profit de la partie lésée et déclaré incapable d'exercer son office. Il encourerait les mêmes peines, s'il cachait le prévenu ou le transportait d'une prison dans une autre pour le priver du bénéfice du *writ* (6).

Le gardien doit amener en personne le prisonnier devant la Cour qui a délivré le *writ* et produire toutes les pièces qui peuvent éclairer la Cour dans l'examen de la légalité de la détention. Une discussion contradictoire s'engage alors devant la Cour en présence du prisonnier, du détenteur et de leurs conseils. Le rôle de la juridiction consiste à vérifier, non le bien-fondé, mais seulement l'existence et la valeur légale de la cause juridique de détention invoquée par le géôlier, c'est-à-dire du *warrant* ou du jugement de condamnation. Elle apprécie d'ailleurs également si la détention préventive était nécessaire à la bonne marche de l'instruction et éventuellement si la caution exigée pour la liberté provisoire n'était pas trop élevée.

La Cour prononce la mise en liberté pure et simple, si la détention lui apparaît injustifiée, illégale ou arbitraire. Au cas où le mandat d'incarcération est régulier et l'emprisonnement préventif légitime, la Cour conserve la faculté d'accorder à l'inculpé la liberté provisoire sous caution. Si le détenu a été arrêté et emprisonné pour *treason* ou *felony*, la Cour ne peut lui accorder cette faveur et elle doit le renvoyer en prison. Mais même dans ce dernier cas, l'inculpé retire un avantage du *writ d'habeas corpus*, car

(6) Si le prévenu était transporté hors du territoire de domination britannique dans un but frauduleux, les peines seraient celles du *Statute of Provisio ad praemunire* (1392) : forfaiture, confiscation générale, déchéance professionnelle complète de tout trust, office ou charge, enfin amende minima de 500 livres.

il peut au moins demander à la Cour d'être jugé à la session qui suivra celle dans laquelle a été présentée la requête et exiger à défaut d'être relâché à cette date.

Après avoir obtenu un *writ d'habeas corpus* et après avoir recouvré sa liberté, l'ancien détenu se trouve à l'abri de toute nouvelle arrestation. L'officier de police, qui le priverait à nouveau de sa liberté pour le même motif que celui qui avait suscité la délivrance du writ, serait passible d'une amende de 500 livres payable à chacun des prisonniers et de poursuites pénales pour outrage à la Cour.

Ainsi, l'institution de l'*habeas corpus* confère à chaque citoyen le droit absolu de voir la validité et la légalité de son emprisonnement mises en cause dans un très bref délai et discutées en sa présence devant une Cour supérieure. Les facilités dont jouit le détenu, pour faire constater le caractère illégal de son incarcération et pour entamer des poursuites pénales et civiles contre son auteur, constituent une excellente sauvegarde préventive de la liberté individuelle. Elles rendent pratiquement impossibles en Angleterre les détentions irrégulières et les arrestations administratives par mesure de police trop largement tolérées par le droit français.

§ 2. — GARANTIES RÉPRESSIVES ET RÉPARATRICES LA RESPONSABILITÉ DES AUTEURS D'ARRESTATIONS ET DÉTENTIONS ARBITRAIRES

Après avoir recouvré la liberté grâce à la procédure *d'habeas corpus*, le particulier injustement incarcéré peut d'abord intenter une poursuite pénale pour voie de fait contre l'auteur de l'arrestation. La preuve de l'abus de pouvoir résulte déjà de la décision d'élargissement rendue par la Cour devant laquelle le détenu a comparu sur *writ d'habeas corpus*. Il ne reste donc plus à ce dernier, pour obtenir la condamnation du juge fautif, qu'à établir qu'il a « agi par malice ou corruption et sans cause raisonnable et probable ». Le juge, qui aurait péché par ignorance ou erreur, n'encourerait aucune condamnation pénale.

Le délit de détention illégale est prévu par les lois anglaises sous le nom de *false imprisonment*. La peine est l'emprisonnement à une servitude pénale plus ou moins prolongée, suivant la gravité de l'illégalité et ses conséquences. S'il était établi que les poursuites contre un représentant de la loi ont été intentées à tort et sans motif sérieux, le plaignant serait condamné à payer, à titre de sanction, le double des frais de l'instance.

Mais la victime de la mesure arbitraire conserve aussi la faculté d'en obtenir réparation. La responsabilité pénale du juge se double d'une responsabilité civile assez lourde et particulièrement aisée à mettre en jeu. L'un des principes fondamentaux de la constitution anglaise, c'est que « tous les citoyens du premier au dernier sont égaux devant la loi » ; il n'y a ni tribunaux d'exception ni lois générales ou spéciales permettant à un agent du pouvoir d'échapper à la responsabilité de ses actes. Aucune barrière n'est dressée entre l'individu lésé et celui qui s'est servi abusivement de son pouvoir ; ce dernier ne peut se retrancher ni derrière une procédure spéciale de prise à partie, ni derrière celle du conflit. L'agent, qui exécute l'ordre illégal, ne peut même pas invoquer la responsabilité du chef qui l'a donné. Ainsi, un *constable* arrête quelqu'un en exhibant un mandat illégal ; en vain invoquerait-il sa bonne foi, il sera condamné. En pratique comme en théorie, tout fonctionnaire public, si haut ou si bas placé qu'il soit dans la hiérarchie judiciaire ou administrative, est soumis à la même responsabilité que tout autre citoyen devant la juridiction de droit commun.

L'action en réparation, dont l'individu injustement arrêté dispose contre tous ceux qui ont participé à l'arrestation, s'appelle *action of trespass*. S'il a en outre subi une détention préventive, ne fut-ce que de quelques heures, il peut obtenir des dommages-intérêts contre l'auteur de l'incarcération, à charge de prouver la faute commise par ce dernier. Le tribunal compétent jouit d'un pouvoir à peu près discrétionnaire dans la détermination du préjudice et dans la fixation du montant de l'indemnité.

Quelques légères garanties protectrices sont cependant accordées aux juges et elles se révèlent en pratique suffisantes à éviter à ces derniers toute poursuite vexatoire ou injustifiée. C'est ainsi que le plaignant est tenu d'avertir un mois à l'avance le magistrat qu'il entend poursuivre, en lui indiquant d'une manière claire et précise l'objet, les motifs et les preuves de sa demande. Celle-ci se trouve au surplus couverte par une courte prescription de six mois (7). Enfin, le juge est autorisé à offrir à l'amiable au particulier lésé une indemnité. Si celui-ci la refuse et que le tribunal l'estime suffisante, le plaideur sera condamné au paiement des frais du procès (8).

L'Etat est en droit anglais totalement irresponsable des préjudices que ses services publics causent aux particuliers. Le système juridique britannique ne connaît que des individus et répugne à la personnalisation des collectivités.

Par contre, les principes de responsabilité des juges ne sont pas, comme en France, enfermés dans des articles solennels et vagues de Codes et de Constitutions; ils sont couramment mis en application. Si le droit d'effectuer une arrestation est largement accordé, les arrestations arbitraires sont toujours poursuivies et punies. Chaque année, une cinquantaine de modestes policemen sont traduits devant les tribunaux de police de Londres sous l'inculpation d'arrestation arbitraire, sur la plainte de simples citoyens, et beaucoup d'entre eux sont effectivement jugés coupables et condamnés. L'axiome anglais « No wrong without a remedy » ne demeure pas en Grande-Bretagne lettre morte en matière de liberté individuelle; il n'y a pas un tort qui ne puisse être redressé, puisque chacun peut assigner et faire condamner quiconque lui a causé un préjudice matériel ou moral.

Les agents de la force publique et du service judiciaire, sachant leur responsabilité lourdement engagée en cas de faute ou d'abus d'autorité, ont d'ailleurs en règle générale

(7) *Act de Georges II, en 1751.*

(8) Ces diverses garanties ont été étendues à toutes les autorités publiques par le *Public authorities protection Act*, en 1893.

un respect absolu de la légalité et des droits de la personnalité. La crainte des châtimens encourus constitue donc une excellente sauvegarde préventive de la liberté individuelle.

Nous pourrions en France nous inspirer avec profit de quelques-uns des enseignemens que nous fournit l'étude de la législation anglaise. Rien notamment n'est comparable chez nous à l'excellente institution de l'*habeas corpus*. Ni l'article 119 de notre Code pénal tombé en totale désuétude, ni les règles compliquées et souvent inapplicables de notre Code d'instruction criminelle ne peuvent prétendre assurer aux détenus préventifs une protection contre l'arbitraire semblable à celle dont le *writ d'habeas corpus* confère le bénéfice aux justiciables anglais. Nous aurions donc tout intérêt à introduire dans notre droit, en les corrigeant pour les adapter aux principes de notre procédure judiciaire, quelques-unes des règles de l'institution britannique.

N'oublions pas toutefois que la procédure criminelle et le droit pénal anglais reposent sur des conceptions juridiques diamétralement opposées à celles qui nous régissent. En Angleterre, les coutumes séculaires, le profond respect de l'individu pour les droits d'autrui, le constant souci du juge d'en imposer à tous l'observation assurent à la liberté individuelle des garanties morales idéales. Les autorités judiciaires anglaises disposent en droit de pouvoirs très étendus, mais sous l'empire de l'opinion et de la tradition, elles n'en usent qu'avec mesure et s'arrêtent au seuil de l'arbitraire. Les libertés ont été qualifiées de *birth right*. Elles ont le caractère d'un privilège du sang plutôt que d'une loi naturelle.

Il serait donc vain de vouloir emprunter trop de choses à nos voisins d'outre-Manche. La plupart de leurs institutions s'adaptent aux mœurs, aux aspirations et au génie de leur tempérament national, mais elles ne sauraient aisément s'insérer dans le cadre de nos traditions et de notre système législatif solidement enracinés dans une voie différente.

CHAPITRE II

LA PROTECTION

DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE EN BELGIQUE

L'étude du régime belge présente pour les Français un intérêt tout particulier. Le droit belge actuel, issu des mêmes sources que le droit français, originairement coulé dans la même codification napoléonienne, n'a acquis son indépendance qu'en 1830. Aussi l'examen comparatif des évolutions respectives des législations belge et française au cours de ce dernier siècle est-il curieux et instructif. Les dissemblances tendent de plus en plus à s'accuser. Néanmoins, le fond commun que chacun des deux régimes juridiques puise dans son origine impériale n'est pas encore près de disparaître. Nous allons, notamment au cours des quelques pages qui vont suivre, nous rendre compte que la liberté individuelle jouit en Belgique de garanties sensiblement égales à celles dont elle bénéficie dans notre pays.

SECTION I

Le droit d'arrestation et la détention préventive

En matière d'arrestation, les règles de notre Code d'instruction criminelle, tout au moins celles que la législation postérieure a respectées, reçoivent application. Le régime est donc très voisin du régime français et il nous paraît inutile d'y revenir en détails.

La Constitution belge du 7 février 1831 garantit solennellement, dans son article 7, le droit à la liberté individuelle: « La liberté individuelle est garantie, proclame-t-

elle. Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit. Hors le cas de flagrant délit, nul ne peut être arrêté qu'en vertu de l'ordonnance motivée du juge, qui doit être signifiée au moment de l'arrestation ou au plus tard dans les vingt-quatre heures ».

La Jurisprudence reconnaît cependant aux agents de la police judiciaire, lorsqu'il existe à la charge d'un individu des indices sérieux d'avoir commis un crime ou un délit de nature à justifier une détention préventive, le droit de s'assurer de sa personne, dans le but de la mettre à la disposition de la Justice. Mais elle n'autorise dans ce cas qu'une détention de vingt-quatre heures. Dans ce délai, l'individu appréhendé doit être interrogé et un mandat doit être délivré contre lui, sinon son relâchement est exigé (1). La doctrine reconnaît même aux agents de la police le droit d'arrêter et de mener devant les officiers judiciaires compétents les inconnus dont l'allure leur paraît suspecte, afin de vérifier leur identité (2).

Le régime de la détention préventive est organisé par la loi du 20 avril 1874 (3). Les garanties que cette loi fournit aux inculpés sont à peu près semblables à celles que leur procurent nos récentes lois des 7 février 1933 et 25 mars 1935. En voici les grandes lignes.

Le mandat d'amener ne peut être délivré par le juge d'instruction que si la peine éventuelle encourue par le délinquant est supérieure à trois mois d'emprisonnement. Si l'inculpé est domicilié en Belgique, il faut en outre que des circonstances graves et exceptionnelles ou la sécurité publique exigent son incarcération préventive. Ces circonstances doivent être dans chaque cas explicitement précisées. Si le fait incriminé peut entraîner la peine des tra-

(1) Voir C. Cass. belge, 21 octobre 1901, *P.* 1902-1-15; 22 janvier 1934, *P.* 1934-1-142. Ce droit d'appréhension est d'ailleurs également accordé dans les mêmes conditions par la jurisprudence française aux officiers et agents de la police judiciaire. Certains auteurs le qualifient, nous l'avons vu, de droit de capture et souhaitent qu'une existence légale lui soit conférée.

(2) *Revue de Droit belge*, 1891-1895, t. II, p. 528.

(3) La loi du 20 avril 1874 a été partiellement modifiée par les lois des 23 juillet 1895, 29 juin 1899, 23 août 1919.

vaux forcés de quinze à vingt ans, le juge d'instruction ne peut laisser l'inculpé en liberté que sur l'avis conforme du Procureur du Roi.

La valeur du mandat s'éteint à l'expiration des cinq jours qui suivent l'interrogatoire de l'inculpé, si, durant ce laps de temps, il n'est pas confirmé par la Chambre du Conseil sur le rapport du juge d'instruction, le Procureur du Roi et l'inculpé entendus. Chaque mois, la détention doit être prolongée par une ordonnance motivée de cette juridiction. L'inculpé peut faire appel dans les vingt-quatre heures d'une de ces ordonnances devant la Chambre des Mises en accusation. Il peut d'ailleurs à tous moments adresser à la Chambre du Conseil une requête de mise en liberté provisoire.

La mise au secret de l'inculpé est rigoureusement réglementée. Le juge peut, quand les nécessités de l'instruction l'exigent, prononcer une interdiction de communiquer, mais cette interdiction ne peut excéder trois jours à partir de l'interrogatoire qui a précédé la délivrance du mandat d'arrêt, et elle ne peut être renouvelée. Si la détention durait plus de six mois, un rapport devrait être adressé au Procureur général, pour y exposer les causes qui retardent la clôture de l'instruction.

Toutefois, les instructions criminelles belge et française diffèrent essentiellement sur la question des pouvoirs et de la mission du juge d'instruction. La loi française du 17 juillet 1856 n'a pas eu d'équivalent en Belgique. Aussi, le juge d'instruction continue-t-il à n'y jouer que le rôle d'un simple officier supérieur de police judiciaire. Il ne statue pas sur sa propre instruction; c'est à la Chambre du Conseil que reste dévolue cette charge. Aussi la dépendance de fait du juge d'instruction vis-à-vis du Parquet ne présente-t-elle pas en Belgique les inconvénients et les dangers qu'elle soulève dans le régime français, puisque ce n'est pas au magistrat même qui a recueilli les preuves de la culpabilité de l'inculpé, mais à une véritable juridiction indépendante du ministère public que revient le soin de statuer en toute impartialité et en toute liberté sur les

résultats de l'information et sur la direction qu'il convient de donner à l'affaire.

Nous ne pouvons cependant omettre de signaler ici les pouvoirs qu'une loi récente confère aux juridictions d'instruction et de jugement sur la liberté individuelle, lorsque le délinquant est un déséquilibré mental. Nous voulons parler de la loi du 9 avril 1930, dite de défense sociale, que certains auteurs belges tendent à considérer comme susceptible de couvrir beaucoup d'internements abusifs ou injustifiés (4).

La loi de 1930 substitue, pour les délinquants atteints d'un déséquilibre mental grave, l'internement prolongé à la peine. Cet internement à caractère plus curatif que répressif constitue la sanction du trouble social causé par l'infraction commise.

Lorsque l'inculpé paraît atteint « de déséquilibre mental ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actes » (art. 1^{er}), la Chambre du Conseil, au cours de l'information, le Tribunal correctionnel, après sa clôture, peuvent, sur réquisition du Ministère public ou sur requête de l'intéressé, le placer en observation dans une des annexes psychiatriques adjointes à un centre pénitentiaire. Cette observation dure en principe un mois, mais peut être prorogée jusqu'à six mois.

Si l'examen mental de l'inculpé révèle qu'il ne jouit pas de la plénitude de ses facultés mentales, la juridiction d'instruction ou de jugement ordonnera l'internement immédiat dans un des établissements spéciaux organisés

(4) Loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude (*Monit.*, 11 mai 1930). Cette loi comporte deux parties. La première, que nous allons seule examiner, s'applique aux déficients mentaux criminels; la seconde, qui ne concerne pas notre sujet, vise les délinquants d'habitude. Elle édicte à leur égard certaines mesures d'amendement ou d'élimination protectrices de l'ordre social, telle que la mise à la disposition du Gouvernement à l'expiration de leur peine, pendant une durée de 20, 10 ou 5 ans. Au cours de cette période, le Gouvernement peut les interner dans des établissements spéciaux ou les soumettre à une surveillance sévère, selon les nécessités de la défense sociale.

à cet effet (5). Par contre, aucune sanction pénale proprement dite ne sera prononcée contre lui.

L'internement est ordonné pour une durée de quinze ans, si le fait commis était punissable de la mort, de dix ans, si l'infraction était sanctionnée par une peine de travaux forcés ou de détention extraordinaire ou perpétuelle, de cinq ans, dans tous les autres cas. Mais il ne faudrait pas croire que la durée de l'internement soit réellement proportionnée à la gravité objective du fait; un tel résultat serait contraire à l'esprit de la loi et au but de défense et de protection sociale qu'elle poursuit. Aussi la libération provisoire anticipée est-elle possible, si l'interné recouvre ses facultés mentales. Par contre, si à la date fixée par le Tribunal pour sa mise en liberté, il continue à constituer un danger pour l'ordre social, la juridiction, qui avait déjà statué, peut ordonner la prolongation de l'internement pour un nouveau terme identique au premier, après avoir pris l'avis du médecin-chef de l'annexe psychiatrique et du directeur de l'établissement de sûreté.

C'est là que réside le danger. Le sort de l'interné est entre les mains, non pas tant du Tribunal, que d'une commission spéciale, la commission de l'annexe psychiatrique, à l'avis de laquelle la juridiction judiciaire est pratiquement obligée de se ranger, ne disposant par elle-même d'aucun moyen sûr d'information. Cette commission est composée d'un magistrat désigné par le premier Président de la Cour d'appel, d'un avocat choisi par le Ministre de la Justice et d'un médecin de l'annexe. C'est cette commission qui désigne l'établissement où l'internement aura lieu, c'est elle qui statue sur la mise en liberté à l'essai ou à titre définitif, si l'état mental de l'interné lui paraît suffisamment amendé avant l'expiration de la durée de l'internement, pour qu'il y ait lieu de croire qu'il ne constitue plus un danger social (art. 20).

(5) Depuis le 1^{er} janvier 1931, des établissements pour le placement des anormaux et des débilés mentaux ont été créés à Tournai, à Gand et à Merxplas pour les hommes, à Mons et à Forest pour les femmes. Le régime de ces établissements est assez semblable à celui des asiles d'aliénés.

La même commission peut aussi mettre le délinquant en liberté sous une surveillance psychiâtrique, dont elle règle souverainement les modalités et la durée (art. 21). Si le libéré à l'essai donne des signes de trouble mental ou ne se soumet pas régulièrement à l'observation psychiâtrique, il est à nouveau interné sur réquisitoire du Procureur du Roi.

Le rôle de la commission psychiâtrique est donc très important et ses pouvoirs très étendus. L'interné dispose, il est vrai, de certaines garanties protectrices. Ainsi, avant toutes décisions de la commission, le Procureur du Roi, le directeur de l'établissement et le conseil de l'intéressé sont entendus. L'interné peut se faire assister au cours des examens mentaux d'un médecin de son choix, qui sera appelé à donner son avis. Enfin, il peut solliciter sa mise en liberté à tout moment de l'internement. Mais si sa demande est rejetée par la commission, il ne peut plus en former une nouvelle qu'au bout de six mois.

Ces quelques garanties sont-elles en pratique suffisantes pour parer à tout risque d'abus ? Il ne le semble pas. La loi de 1930 a déjà fait l'objet au cours de sa brève carrière, de très vives critiques (6). L'expérience a démontré que le contrôle judiciaire sur les décisions de la commission, dans les cas mêmes où la loi l'organise, se révèle en fait illusoire. Le Tribunal ratifie toujours la décision de la commission, qui se fonde elle-même sur l'avis formulé par le médecin psychiâtre.

La liberté de l'interné dépend donc uniquement en fait des résultats de l'examen mental auquel il est soumis au cours de son observation à l'annexe psychiâtrique. Elle est à la merci d'une erreur de diagnostic toujours possible, pour ne pas dire fréquente, dans un domaine de la science médico-légale aussi délicat et incertain que celui de l'appré-

(6) Voir M. CORNIL : La loi de défense sociale du 9 avril 1930, in *Revue belge de Droit pénal*, 1930, p. 837 et s., 1819 et s. — Dr VERVAECK : Deux années d'application de la loi de défense sociale, *ibidem*, 1933, p. 229 et s., 345 et s. — Dr VERVAECK : Les possibilités de traitement et de rééducation des anormaux à tendances antisociales, *ibidem*, 1934, p. 341 et s., 437 et s. — M. CORNIL : Les anormaux et le droit pénal, *ibidem*, 1935, p. 800 et s.

ciation de la responsabilité des anormaux et déséquilibrés et de leur « degré de criminalité virtuelle ».

Tenant compte des diverses observations que la loi de 1930 a suscitées, le législateur belge est d'ailleurs en train d'élaborer un nouveau projet de loi destiné à en corriger les déficiences, en fournissant à l'autorité judiciaire de nouveaux moyens de contrôle, qui restreindront quelque peu les pouvoirs actuels de la commission psychiatrique.

SECTION II

La responsabilité civile et pénale des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires

La question de la responsabilité civile des magistrats, auteurs d'arrestations ou détentions arbitraires ou illégales, n'appelle aucun commentaire. La Belgique a conservé le Code de procédure civile de 1806. Elle n'a fait subir aucune modification aux articles 505 à 516 originaires. La prise-à-partie demeure donc soumise à un régime identique à celui que connaissait la France avant la réforme de 1933. Les juges ne peuvent être pris à partie pour faute lourde professionnelle, mais seulement pour dol, fraude ou concussion. La recevabilité de l'action reste subordonnée à la permission préalable de la juridiction même compétente au fond. Le système belge apparaît donc dans ce domaine comme plus déficient encore que le nôtre. Nous n'avons rien à lui envier.

Cependant, la Jurisprudence belge, mieux inspirée sur ce point que la Jurisprudence française, a décidé que le terme de juge de l'article 505 ne s'appliquait qu'aux magistrats proprement dits et qu'en conséquence les officiers de police judiciaire autres que les juges d'instruction devaient être poursuivis selon le droit commun et non par la procédure exceptionnelle de la prise-à-partie (7). C'est là une heureuse interprétation de l'article 505, à laquelle nous souhaiterions que nos tribunaux se ralliasent.

En matière de sanctions pénales par contre, la législation belge réprime d'une manière bien plus effective et efficace

(7) M. GIRON: Droit administratif de la Belgique, t. I, p. 248.

que la nôtre les arrestations et détentions arbitraires commises par des fonctionnaires de l'ordre judiciaire. L'article 147 du Code pénal belge (8) déclare: « Tout fonctionnaire ou officier public, tout dépositaire ou agent de la force publique qui aura illégalement et arbitrairement fait arrêter ou arrêté, fait détenir ou détenu une ou plusieurs personnes, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans. L'emprisonnement sera de six mois à trois ans, si la détention illégale et arbitraire a duré plus de dix jours. Si elle a duré plus d'un mois, le coupable sera condamné à un emprisonnement de un à cinq ans. Il sera, en outre, puni d'une amende de cinquante à mille francs et pourra être condamné à l'interdiction des droits indiqués aux n^{os} 1, 2 et 3 de l'article 31 » (9).

L'incarcération arbitraire ou illégale ne constitue donc pas un crime passible de la Cour d'assises, mais un simple délit correctionnel n'emportant contre son auteur qu'une peine modérée d'emprisonnement. Dans notre droit, nous l'avons fait remarquer, la répression des attentats à la liberté présente un caractère si rigoureux que le châtimement de l'article 114 n'est jamais requis contre un fonctionnaire ou agent judiciaire. Dans le code belge, au contraire, la peine étant infiniment mieux proportionnée à la gravité de l'infraction, les magistrats, qui se rendraient coupables d'actes arbitraires ou illégaux, seraient pratiquement susceptibles de faire l'objet de poursuites pénales et d'encourir des sanctions effectives. En apparence, le système français semble sanctionner plus énergiquement que le système belge les atteintes à la liberté individuelle; en réalité, il en va tout autrement: c'est la législation belge qui les réprime le mieux.

Remarquons cependant que le fait d'avoir déféré à l'ordre d'un supérieur constitue, en droit belge tout comme en droit français, une excuse absolutoire exemptant le

(8) Code pénal belge du 9 juin 1867.

(9) Ces droits sont: celui de remplir les fonctions publiques, celui de voter et de se présenter à une élection quelconque, celui de porter une décoration ou un titre de noblesse.

subordonné, sinon de toute culpabilité, du moins de toute peine (art. 152 Code pénal belge). Les fonctionnaires peuvent également échapper à toute sanction, à charge de démontrer que leur signature a été surprise. Les articles 153 et 154 du Code pénal belge contiennent sur ce point des dispositions semblables à celles des articles 116 et 118 du Code français (10).

La répression de l'inaction du magistrat à qui a été signalée une détention illégale se trouve, elle aussi, bien mieux assurée dans la législation pénale belge que dans la nôtre. Nous ne reviendrons pas sur le caractère factice et inapplicable de l'article 119 du Code français. Le Code belge, au contraire, distingue logiquement deux hypothèses : Ou bien le magistrat à la connaissance duquel a été portée l'incarcération arbitraire avait, de par ses fonctions, le pouvoir de la faire cesser ; il est alors lui-même personnellement tenu de remettre en liberté le détenu, faute de quoi, il encourt une peine d'emprisonnement de six mois à un an (11). Ou bien le fonctionnaire, qui a été avisé de la détention, n'est pas qualifié pour ordonner le relâchement du détenu ; il est alors seulement obligé de la constater et de la dénoncer à l'autorité compétente, sous peine d'un emprisonnement de huit jours à six mois (12).

Quant aux directeurs et gardiens de maisons d'arrêt, ils sont, tout comme en France, pénalement responsables,

(10) Art. 153, Code pénal belge : « Si les fonctionnaires ou officiers publics, prévenus d'avoir ordonné, autorisé ou facilité l'un des actes mentionnés dans les articles 148 à 151, prétendent que la signature à eux imputée leur a été surprise, ils seront tenus, en faisant cesser l'acte, de dénoncer celui qu'ils déclareront auteur de la surprise ; sinon ils seront poursuivis personnellement ». — Article 154 : « Si l'un des actes arbitraires mentionnés aux articles 148 à 151 a été commis au moyen de la fausse signature d'un fonctionnaire public, les auteurs du faux et ceux qui méchamment et frauduleusement en auront fait usage, seront punis des travaux forcés de dix à quinze ans. »

(11) Art. 155, Code pénal belge : « Les fonctionnaires ou officiers publics chargés de la police administrative ou judiciaire, qui, en ayant le pouvoir, auront négligé ou refusé de faire cesser une détention illégale portée à leur connaissance, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à un an. »

(12) Art. 156 : « Les fonctionnaires ou officiers publics chargés de la police administrative ou judiciaire, qui, n'ayant pas le pouvoir de faire cesser une détention illégale, auront négligé ou refusé de constater celle qui aura été portée à leur connaissance et de la dénoncer à l'autorité compétente, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois ». »

s'ils écrouent un individu sans ordre, mandat ni jugement et les sanctions qu'ils encourent de ce chef sont très semblables à celles que leur réserve l'article 120 du Code pénal français (13).

Enfin, le fait, pour un juge ou officier de la police judiciaire, de retenir une personne, dans d'autres lieux que ceux affectés au service pénitentiaire, est puni de deux cents à deux mille francs d'amende et de la privation des fonctions publiques dont l'auteur du délit avait l'exercice.

Les règles de poursuite de ces infractions et de compé- tence offrent de grandes analogies avec les règles fran- çaises. Notons toutefois que les articles 479 et suivants du Code d'instruction criminelle n'ayant fait l'objet en Bel- gique d'aucune modification comparable à celle que leur a fait subir en France la loi du 24 février 1934, les magis- trats belges continuent à jouir des privilèges de juridic- tions dont les juges français ont été privés, il y a deux ans.

Nous n'avons en fin de compte pas grand'chose à envier sur le plan de la protection de la liberté individuelle à nos voisins belges; et cela n'est pas pour nous surprendre, en raison de la très grande similitude de nos législations et de nos institutions dérivées d'une source commune. Cepen- dant, dans le domaine des mesures répressives, la réforme si souhaitable des articles 114 à 122 du Code pénal fran- çais trouverait dans le Code belge, et notamment dans les articles 147 à 159, un très heureux modèle.

(13) Art. 157: « Les directeurs, commandants, gardiens et concierges des maisons de dépôt, d'arrêt, de justice ou de peine, qui auront reçu un prison- nier sans ordre ou mandat légal ou sans jugement, ceux qui l'auront retenu ou auront refusé de le représenter à l'officier de police ou au porteur de ses ordres sans justifier de la défense du Procureur du Roi ou du juge, ceux qui auront refusé d'exhiber leurs registres à l'officier de police, seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de vingt-six à deux cents francs. »

CHAPITRE III

LA PROTECTION

DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE EN SUISSE

La Suisse est considérée depuis cent ans comme l'un des pays d'Europe les plus favorables aux principes démocratiques et libéraux. Le respect et la sauvegarde des droits de la personnalité sont réputés y être mieux assurés que partout ailleurs. Ce petit pays a poussé à ses conséquences extrêmes le principe de la souveraineté du peuple, et si cette expression est encore pourvue quelque part à l'heure actuelle d'un sens concret, ce ne peut être qu'en Suisse, où les citoyens ne sont pas seulement électeurs, mais encore constituants et législateurs.

Aussi avons-nous été tentés de rechercher de quel statut juridique était assortie la liberté individuelle en Suisse. Notre étude nous a permis de constater qu'elle y jouissait effectivement, en règle générale, de garanties plus étendues et plus sûres qu'en France.

Mais la Suisse étant un Etat fédéral, il est difficile de se faire une idée d'ensemble précise du régime suisse. En réalité, il y a autant de régimes que de cantons. Si les grands principes sont posés par la législation fédérale, les législations cantonales présentent entre elles d'assez grandes dissemblances dues à leurs traditions locales et à leurs tendances plus ou moins accentuées les unes que les autres dans un sens libéral et démocratique.

SECTION I

La détention préventive (1)

Le régime de la détention préventive vient d'être modifié par la récente loi fédérale du 15 juin 1934 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1935. Cette loi d'une très grande ampleur — elle compte 344 articles — constitue une véritable codification de la procédure pénale suisse.

Les articles 44 à 60 posent, en matière de détention préventive, les règles suivantes. Un mandat d'arrêt soumettant un individu au régime de la détention préventive ne peut être décerné contre lui que s'il existe à sa charge des présomptions graves de culpabilité et si sa fuite est présumée imminente ou si les circonstances permettent de croire qu'il est déterminé à détruire les preuves de l'infraction ou induire des tiers « à compromettre le résultat de l'infraction » (art. 44). Seul donc un risque de fuite de l'auteur du délit ou un risque de collusion frauduleuse entre co-inculpés ou complices autorisent le juge à prendre une mesure privative de liberté. La fuite est légalement présumée imminente, lorsque l'identité de l'inculpé n'est pas établie, lorsqu'il n'est pas domicilié en Suisse ou lorsque l'infraction dont il est prévenu lui fait encourir la peine de la réclusion.

Avant l'ouverture de l'instruction, ont qualité pour décerner un mandat d'arrêt, dans les cas sus-énoncés, le Procureur Général et les fonctionnaires de la police judiciaire compétents en vertu d'une disposition expresse de la législation cantonale (art. 45). Dès l'ouverture de l'information, ce droit devient le monopole exclusif du juge d'instruction. Le mandat d'arrêt est toujours écrit; il doit désigner d'une façon précise l'inculpé, déterminer le fait qui

(1) Nous devons de précieux renseignements sur le régime de la détention préventive en Suisse à l'obligeance et à la haute compétence de M. le Professeur Paul Logoz, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université de Genève. Qu'il nous permette de lui exprimer ici notre très vive et déférente gratitude.

justifie l'inculpation et les textes de la loi pénale applicables (art. 46).

L'inculpé doit être interrogé dans un délai de vingt-quatre heures à compter de son arrestation. Si le juge refuse de le remettre en liberté à la suite de cet interrogatoire, il doit lui communiquer les motifs de sa décision (art. 47). A tout moment de sa détention, l'inculpé peut adresser au juge d'instruction une demande de mise en liberté (art. 52), et si cette demande n'est pas prise en considération, il peut faire appel de la décision de rejet devant la Chambre d'accusation du Tribunal fédéral. Le juge ou la Chambre ont également la faculté d'accorder à l'inculpé la mise en liberté provisoire sous caution (art. 53). Le montant des sûretés à fournir par l'inculpé et leur nature sont déterminés, en tenant compte, non seulement de la gravité du délit, mais encore de la situation de fortune de l'inculpé. Dans tous les cas, la mise en liberté doit être ordonnée, « dès que la détention ne se justifie plus » (art. 50), et la Chambre d'accusation veille à la bonne observation de cette prescription légale.

Il faut prendre soin de remarquer que le nouveau régime institué par la loi du 15 juin 1934 ne reçoit application que dans les différentes affaires instruites et jugées par les autorités fédérales. La récente loi n'a pas abrogé les dispositions sur l'instruction criminelle et la détention préventive des diverses lois cantonales. Nous ne pouvons, en raison de leur multiplicité, entreprendre l'étude des divers régimes cantonaux. Qu'il nous suffise de noter que ces régimes comportent pour la plupart des dispositions libérales analogues à celles contenues dans la nouvelle loi fédérale (2).

(2) Voir, par exemple, le Code d'instruction pénale du canton de Genève en date du 25 octobre 1884. Aux termes des dispositions de ce code, l'interrogatoire de l'individu arrêté doit être opéré dans les vingt-quatre heures. Le mandat délivré à la suite de cet interrogatoire n'est valable que pour huit jours. Passé ce délai, la Chambre d'instruction, composée de trois juges du Tribunal de première instance, est tenue de délivrer un mandat de dépôt ou de rendre au détenu sa liberté. En matière délictuelle, la liberté provisoire est d'ailleurs toujours accordée avec ou sans caution.

SECTION II

Sanctions pénales

La répression des arrestations ou détentions arbitraires commises par un fonctionnaire judiciaire est assurée par la législation fédérale. Le Code pénal fédéral du 4 février 1853 contient un article 53 ainsi conçu: « Est condamné à l'amende et en outre à un emprisonnement tout fonctionnaire ou employé de la Confédération qui se trouve dans l'un des cas suivants... si par excès ou abus de pouvoir il porte atteinte à la liberté ou aux droits civiques d'un citoyen, ou s'il s'arroge des attributions qui ne sont pas dans sa compétence, ou s'il porte atteinte aux droits garantis par l'article 5 de la Constitution fédérale ».

La plupart des législations cantonales édictent des dispositions de même nature, qui se réfèrent au texte précité. Signalons notamment le canton des Grisons, qui a promulgué le 16 novembre 1902 une loi « sur la responsabilité des administrations, des fonctionnaires et des employés publics ». L'article 3 de cette loi dispose: « Les violations du devoir professionnel (*amtspflicht*), qu'elles consistent en actions ou en omissions, peuvent entraîner des conséquences pénales ou disciplinaires et civiles. L'appréciation pénale et disciplinaire de tels cas se forme d'après les prescriptions contenues dans le Code pénal et dans les autres lois et arrêtés ».

Nul doute que le fait pour un agent de la force publique d'arrêter sans titre et sans motif un individu, pour un juge d'instruction de le faire incarcérer arbitrairement sans délivrer de mandat régulier ou hors les cas où la détention préventive est autorisée, ne constitue une violation du devoir professionnel et n'expose ces derniers à encourir les sanctions pénales prévues par les textes précités.

SECTION III

Réparations civiles

Les citoyens suisses, qui ont été victimes d'atteintes injustifiées à leur liberté, sont dans presque tous les cantons en droit d'exercer un recours en dommages-intérêts contre le fonctionnaire judiciaire, à qui la mesure préjudiciable à leurs intérêts est imputable. La mise en œuvre de cette action en responsabilité ne se heurte pas à des obstacles comparables à ceux qui tiennent en échec la prise-à-partie française. Mais au cas où cette voie de recours demeure pour une cause ou pour une autre fermée au justiciable lésé, celui-ci ne se trouve pas irrémédiablement, par le fait même, privé de tout droit à réparation. Beaucoup de cantons lui accordent en outre la faculté d'exercer un recours subsidiaire ou cumulatif contre l'Etat, qui prend à sa charge les dommages résultants des erreurs, parfois même des fautes de ses fonctionnaires-et agents.

CANTON DE BERNE

C'est ainsi que, dans le canton de Berne, l'individu illégalement appréhendé ou détenu peut intenter un recours par voie de réclamation contre le magistrat fautif. L'article 20 du Code de procédure civile du 3 juin 1883 admet la prise-à-partie des fonctionnaires de l'ordre judiciaire pour tous les dommages qu'ils provoquent, en se rendant coupables d'un dol ou d'une négligence. La formule apparaît donc comme exceptionnellement large et capable d'embrasser tous les cas d'arrestations et détentions illégales ou injustifiées. Et l'article 362 du même Code autorise spécialement la prise-à-partie « pour refus ou ajournement d'un moyen légal, pour admission d'un moyen illégal, pour violation des formes ou lorsque les autorités et fonctionnaires judiciaires usent de procédés inconvenants envers les parties ». Ici encore la souplesse du texte est remarquable et son application éventuelle indéfinie. Les tribunaux disposent en conséquence d'un pouvoir d'interprétation et d'appréciation des plus étendus.

Naturellement le justiciable est en droit de joindre à sa réclamation une demande de dommages-intérêts. La recevabilité de sa requête n'est subordonnée à aucune autorisation préalable. Il suffit, pour que la juridiction compétente s'en saisisse, qu'elle ait été auparavant adressée en communication au magistrat poursuivi. Ce dernier sera ainsi en état de préparer sa défense. La publication dans les journaux de la décision rendue peut être, dans certains cas, ordonnée par le Tribunal. Mais celui qui introduirait contre un juge une demande gravement inconsidérée encourrait une peine sévère. Si les faits imputés au magistrat étaient calomnieux, la peine encourue par le plaideur pourrait aller jusqu'à l'emprisonnement.

Enfin, lorsque l'atteinte à la liberté individuelle résulte d'une erreur du service judiciaire non personnellement imputable à un fonctionnaire, la législation cantonale bernoise déclare l'Etat responsable et le justiciable est autorisé à lui réclamer des dommages-intérêts correspondant au préjudice dont il a été victime.

CANTON DE FRIBOURG

Dans le canton de Fribourg, la prise-à-partie est très largement ouverte au justiciable atteint dans sa liberté. L'article 569 du Code de procédure civile s'exprime ainsi : « Le fonctionnaire de l'ordre judiciaire, qui, par dol, faute grave ou négligence dans l'exercice de ses fonctions, cause un dommage immédiat et direct, peut être pris à partie par les intéressés à fin d'indemnité ».

La personne lésée dispose d'un délai de trois mois à compter du jour où a été commis le fait dommageable pour intenter son action (art. 574, C. proc. civ.). Mais la juridiction compétente pour en connaître ne peut en être directement saisie. La recevabilité de l'action est subordonnée à une autorisation préalable. Celle-ci est accordée par le grand Conseil cantonal, si le magistrat pris-à-partie est un membre du Tribunal, et par le Tribunal cantonal lui-même, au cas où la prise-à-partie est dirigée contre un

autre fonctionnaire de l'ordre judiciaire (art. 570). Si la demande est rejetée, le plaideur peut être condamné à payer une amende de folle poursuite (art. 575).

Mais si le justiciable n'est pas déclaré recevable à agir par voie de prise-à-partie, l'Etat peut être poursuivi comme responsable de la faute ou de l'erreur du magistrat et condamné à indemniser la victime.

CANTON DE VAUD

Les règles posées par le canton de Vaud sont plus curieuses encore. Dans ce canton, l'individu arbitrairement arrêté ne dispose d'aucun recours en réparation contre le juge fautif. Mais il peut dans tous les cas poursuivre l'Etat, seul responsable des fautes de ses fonctionnaires, en dommages-intérêts. La loi du 29 novembre 1904 spécifie que l'Etat et les communes sont tenues de réparer les dommages causés sans droit par leurs fonctionnaires et employés publics dans l'exercice de leurs fonctions ou emplois, soit à dessein, soit par négligence ou imprudence. L'Etat, après avoir indemnisé la victime, a la faculté d'exercer un recours subsidiaire contre l'auteur du dommage, si celui-ci a commis une faute grave ou intentionnelle.

La responsabilité de l'Etat est engagée à raison, non seulement des dommages résultant de mesures d'arrestations et détentions arbitraires, mais aussi de ceux qui ont leur source dans une inculpation sans fondement. L'inculpé bénéficiaire d'une ordonnance de non-lieu peut adresser une requête à fin d'indemnisation au Tribunal d'accusation, qui est composé de trois magistrats. La demande est accueillie et prospère, si le Tribunal est unanime sur le principe de la réparation.

CANTON DE GENÈVE

Dans le canton de Genève, l'individu arrêté à tort dispose d'un recours contre le juge, quand celui-ci a commis une faute grave dans l'exercice de ses fonctions. Il peut

aussi poursuivre au civil la personne qui, par une plainte ou une dénonciation malicieuse, l'a fait appréhender. Par contre, il n'a pas d'action contre l'Etat (3).

CANTON DU VALAIS

Le Code de procédure civile du canton du Valais organise, dans les articles 599 et suivants, un système de prise-à-partie analogue au système français, assez peu favorable en conséquence à la mise en œuvre de la responsabilité des magistrats.

La responsabilité de l'Etat y est pourvue d'un caractère subsidiaire; elle n'entre en jeu que lorsque le coupable ne peut réparer complètement le préjudice subi.

CANTON DU TESSIN

Les dispositions législatives du canton du Tessin en la matière rappellent celles du canton de Vaud. Le juge est irresponsable. Mais l'individu privé à tort de sa liberté peut réclamer à l'Etat une indemnité pour le dommage pécuniaire souffert par suite de son arrestation ou de sa détention. Sa demande n'est prise en considération que si aucun de ses actes n'a donné prétexte à la mesure injustifiée dont il a fait l'objet. L'indemnisation pécuniaire se double souvent d'une réparation d'honneur. Celle-ci comporte la publication dans les journaux locaux de la sentence d'absolution.

CANTON DES GRISONS

La réparation des atteintes à la liberté individuelle est particulièrement bien assurée dans le canton des Grisons. La loi du 16 novembre 1902 ne se contente pas de réprimer pénalement les violations du devoir professionnel; elle institue la responsabilité civile des fonctionnaires, aussi bien au cas de négligence qu'au cas de violation formelle de la loi. Son article 4 porte: « Les administrations, les fonc-

(3) Voir la loi constitutionnelle sur la liberté individuelle du 23 avril 1849, modifiée par la loi du 9 mars 1927.

tionnaires et les employés, qui violent leur devoir professionnel, sont responsables du dommage qui en est résulté, si la violation du devoir professionnel a été intentionnelle ou si elle repose sur une négligence grave, et si le lésé n'a pas omis, pour écarter le dommage, de faire usage de tous les moyens de droit à sa disposition ».

Les poursuites téméraires exposeront leur auteur à une condamnation à une amende de dix à trois cents francs, amende qui se transformerait en une peine d'emprisonnement, si le Trésor ne parvenait pas à la recouvrer (art. 8).

Si le fonctionnaire coupable ne se trouvait pas en état, par suite de son insolvabilité, de réparer le dommage causé, l'article 5 de la loi accorde au particulier le droit de s'adresser au service public lui-même. Ce dernier paiera les dommages-intérêts dus à la victime, en puisant dans le cautionnement versé par l'agent à son entrée en fonctions. Ce système s'avère, en pratique, d'une excellente efficacité. En France, quelques fonctionnaires et notamment certains officiers ministériels, sont déjà tenus de déposer à leur prise de charge un cautionnement, qui garantit les conséquences des fautes qu'ils pourraient être amenés à commettre dans l'exercice de leurs fonctions. Mais la sécurité des justiciables ne serait-elle pas mieux garantie, si cette obligation de fournir un cautionnement était étendue aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire? L'exemple du canton des Grisons tend à nous le faire croire.

CANTON DE ZURICH

Dans le canton de Zurich, les articles 417 et 420 du Code civil accordent à toute personne lésée dans l'administration de la Justice par une faute intentionnelle ou une grossière négligence d'un juge ou d'un autre fonctionnaire, le droit d'intenter contre l'agent coupable une action en dommages-intérêts.

Si aucune faute n'est imputable au fonctionnaire, le recours est dirigé contre l'Etat, dont la responsabilité est engagée.

CANTON D'ARGOVIE

La responsabilité civile des juges à raison des arrestations ou détentions arbitraires qu'ils ordonnent est expressément engagée aussi, dans le canton d'Argovie, par l'article 348 du Code pénal ainsi libellé: « Les juges et tous autres fonctionnaires publics seront civilement responsables, lorsqu'ils auront fait des dénonciations arbitraires, ordonné des arrestations injustes, prolongé la détention d'un citoyen au delà du terme fixé par la loi, lorsqu'ils auront causé un préjudice quelconque par leur impéritie ou leur morosité dans l'expédition des affaires. »

Les législations cantonales suisses se préoccupent donc de fournir aux citoyens victimes de mesures arbitraires ou injustifiées attentatoires à leur liberté, les moyens d'en obtenir une réparation complète et aisée. La plupart de ces législations, en instituant la responsabilité civile des juges à raison de leurs fautes et négligences graves, et celle de l'Etat à raison des erreurs non imputables à ses agents, parviennent effectivement à procurer aux justiciables d'excellentes garanties préventives et réparatrices. La Suisse est le pays du vrai libéralisme. La liberté individuelle y est élevée au rang d'une véritable religion politique.

Il faut d'ailleurs reconnaître que l'exiguïté du pays et le caractère résolument démocratique de ses institutions publiques y facilitent la solution d'un problème que notre pays n'est pas encore parvenu, pour sa part, à résoudre d'une façon satisfaisante.

CHAPITRE IV

LA PROTECTION DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE EN ITALIE

Les récents Codes pénal et de procédure pénale, promulgués en 1931, constituent, de l'avis général, une nouvelle preuve de la maîtrise de l'Italie dans le droit criminel. Leur haut esprit scientifique, leur rigoureuse logique, leur belle ordonnance leur ont valu les éloges les plus autorisés.

Est-ce à dire que nous puissions y découvrir quelques directives sûres dans l'élaboration d'un régime français protecteur de la liberté individuelle. Nous n'oserions l'affirmer. Les caractéristiques de la nouvelle législation criminelle italienne sont en effet l'accélération de la procédure, l'abolition de tout formalisme étroit et l'extension considérable des pouvoirs discrétionnaires du juge.

Sans doute, de telles innovations sont-elles susceptibles de profiter parfois à l'inculpé, en lui épargnant une longue période de détention préventive. Mais elles risquent le plus souvent de le priver des diverses garanties protectrices que des législations plus respectueuses des formes et de la procédure lui reconnaîtraient.

En réalité, et leurs rédacteurs eux-mêmes ne s'en sont pas cachés, les nouveaux codes sont plus destinés à maintenir la défense des droits supérieurs de l'Etat qu'à assurer la liberté des innocents. Il réalisent l'application dans le domaine de la procédure criminelle du principe d'autorité, qui est à la base même du régime fasciste.

Telles sont les idées directrices de la nouvelle législation. Il n'en reste pas moins qu'elle a su promulguer quelques

heureuses innovations en matière de protection de la liberté individuelle. Nous allons nous essayer à relever celles-ci, au cours des quelques pages qui vont suivre, sans jamais d'ailleurs nous leurrer sur l'esprit dans lequel les nouveaux textes ont été conçus et sont mis en application.

SECTION I

Le droit d'arrestation, la détention préventive et les mesures de sûreté

1° LE DROIT D'ARRESTATION

Le droit d'arrestation spontané est très largement accordé par le nouveau Code de procédure pénale aux officiers et agents de la police judiciaire. Ils en disposent d'abord au cas de flagrant délit (art. 235 et 236). Et l'article 237 estime qu'est en état de flagrant délit, non seulement l'individu qui est pris au moment où il commet l'acte délictueux, mais encore celui qui est « surpris avec des choses ou des traces, qui font présumer qu'il a commis l'infraction peu de temps avant ». Une telle formule est, on le voit, très souple; elle serait à même de légaliser, si elle était introduite dans un texte de loi française, les pratiques abusives courantes de nos agents de la police judiciaire.

Le droit d'arrestation sans titre ne s'arrête pas là. Il est conféré aux mêmes autorités, chaque fois qu'elles se trouvent en présence de personnes soupçonnées d'avoir participé à un crime ou à un délit grave, lorsqu'il y a lieu de redouter leur fuite (art. 238). Naturellement, il doit être immédiatement rendu compte à l'autorité judiciaire, c'est-à-dire en fait au Parquet, de l'arrestation opérée dans ces conditions.

Dans tous ces cas, l'officier ou l'agent de la police judiciaire, compétent pour effectuer l'arrestation, conserve d'ailleurs la faculté, pour des motifs d'opportunisme ou des considérations psychologiques, de n'y pas procéder. La loi lui prescrit en effet à ce sujet de « tenir compte des qualités morales et sociales de la personne et des circons-

tances de fait » (art. 241). Voilà encore un autre exemple d'une règle très souple, mais bien délicate à observer, puisqu'elle consiste à faire confiance aux qualités personnelles de tact et de mesure d'un agent parfois très bas placé dans la hiérarchie judiciaire.

L'individu arrêté doit être mis dans les vingt-quatre heures à la disposition du Procureur du Roi ou du prêteur (1) du lieu où l'infraction a été commise ou du lieu de l'arrestation. Mais l'article 244 reconnaît à ces magistrats le pouvoir assez dangereux de proroger eux-mêmes ce délai, après avoir été informés de l'arrestation.

Après l'interrogatoire, le Procureur statue par décret motivé sur le sort de l'inculpé. Il peut ordonner sa détention préventive. S'il reconnaissait au contraire que l'arrestation a été opérée illégalement ou que la personne arrêtée est innocente de l'infraction qui lui était reprochée, il devrait immédiatement la faire remettre en liberté (art. 246). Au cas d'erreur évidente, c'est l'auteur même de l'arrestation qui doit rendre à la personne appréhendée sa liberté, après quoi il lui est seulement prescrit d'en rendre compte au Procureur du Roi (art. 249).

Enfin l'article 228 du Code de procédure italien, mieux inspiré sur ce point que nos articles 119 Code pénal et 616 Code instruction criminelle, oblige les officiers de police judiciaire ayant reçu avis d'une détention illégale à se rendre sans retard sur les lieux et à remettre eux-mêmes en liberté le détenu, si son gardien ne peut faire état d'un motif légal de détention (2).

(1) Les prêteurs sont les magistrats qui sont placés à la tête d'un *mandement*, circonscription judiciaire qui tient le milieu entre notre canton et notre arrondissement. Leur compétence est très étendue. Ainsi en matière pénale, ils peuvent infliger jusqu'à trois ans de réclusion et dix mille lires d'amende.

(2) Art. 228, C. proc. pén. italien: « Les officiers de police judiciaire, qui ont connaissance que quelqu'un est illégitimement privé de sa liberté personnelle, doivent se rendre sans retard sur les lieux, et si un motif légal de détention n'est pas prouvé, ils doivent mettre en liberté la personne détenue ou séquestrée.

« S'il s'agit d'un mineur ou d'un autre incapable, ils le confient à celui qui exerce sur lui la puissance paternelle ou la tutelle ou pourvoient d'une autre façon à la protection sûre de la personne et en font en tous cas rapport au Procureur du Roi ou au prêteur ».

Les arrestations opérées en exécution de mandats délivrés par le juge d'instruction ou le préteur n'offrent pas de particularités remarquables. Les mandats judiciaires affectent à peu près les mêmes dénominations et produisent sensiblement les mêmes effets que nos mandats français. Le code de procédure italien distingue les mandats de comparution, les mandats d'amener (*mandato d'accompagnamento*), les mandats de capture et les mandats d'arrêt. Ces deux derniers mandats autorisent la détention préventive pendant un temps égal à celui de l'information, si celle-ci ne dépasse pas quatre mois.

Au sujet de la mise à exécution de ces ordres de capture ou d'arrêt, il faut toutefois souligner que l'agent chargé d'y procéder peut s'introduire même de nuit dans les habitations ou les lieux clos, s'il soupçonne que l'inculpé est disposé à se soustraire à l'exécution ou à faire disparaître le corps du délit ou encore qu'un retard rendrait plus difficile l'exécution de sa mission (art. 267, al. 2).

Enfin, le Code de procédure institue, dans des cas particuliers, un système de détention préventive à domicile, ressuscitant ainsi la *custodia libera* des Romains. Le Procureur du Roi est autorisé, quand l'inculpé est une femme enceinte ou un individu dont l'état de santé laisse à désirer ou seulement même quand il lui paraît que les qualités morales et sociales de l'inculpé nécessitent des égards particuliers, à ordonner par décret motivé que ce dernier restera provisoirement en état d'arrestation dans son habitation (art. 247). Toute liberté d'appréciation est abandonnée au Procureur pour juger de l'opportunité d'une mesure de cette nature, qui ne peut cependant bénéficier aux personnes accusées de crime ou aux délinquants récidivistes.

2° LA DÉTENTION PRÉVENTIVE

Le législateur italien s'est élevé avec force contre la présomption d'innocence, qui, dans les législations issues des principes de la Révolution française, couvre le prévenu jusqu'au jugement de condamnation. Aussi, l'inculpé italien

ne se trouve-t-il pas au cours de l'information dans une situation aussi favorable que l'inculpé français. Il ne peut pas notamment se faire assister d'un avocat. La procédure n'est communiquée au conseil de l'inculpé qu'après la clôture de l'information.

La liberté provisoire ne peut jamais être accordée dans les cas où la délivrance d'un mandat de capture est obligatoire : ce sont en règle générale les cas d'infractions entraînant une peine d'au moins cinq ans de réclusion. Lorsqu'elle est admissible, la liberté provisoire est le plus souvent subordonnée à l'obligation pour l'inculpé de verser un cautionnement ou de présenter à titre de garantie un fidejussur. Toutes les ordonnances relatives à la liberté provisoire sont susceptibles de faire l'objet d'un appel ou d'un pourvoi en cassation (art. 280).

Le juge peut, au cas où il accorde la liberté provisoire, prendre à l'égard de l'inculpé des mesures restrictives de sa liberté : il est notamment en droit de lui interdire le séjour dans un lieu déterminé ou de lui imposer au contraire l'obligation de résidence dans une commune particulière (art. 282). Ces prescriptions sont toujours susceptibles d'être révoquées ou modifiées par une autre ordonnance du magistrat qui les a édictées. Il en irait notamment ainsi, si le prévenu violait ses engagements ou prenait la fuite.

Une des dispositions les plus intéressantes du régime italien, en ce qui concerne la protection de la liberté individuelle, est celle qui limite la durée de la détention préventive. Cette durée est en principe fixée à un maximum de quatre mois, pour les affaires soumises à l'instruction formelle du juge d'instruction, de quarante jours, pour les affaires soumises à l'instruction sommaire et de trente jours, pour les affaires de la compétence du prêteur (3).

(3) L'instruction formelle est l'instruction de droit commun pour toutes les infractions de la compétence de la Cour d'Assises ou du Tribunal. Elle est effectuée par le juge d'instruction. L'instruction sommaire, au contraire, est menée par le Procureur du Roi lui-même : il s'agit des délits flagrants ou des infractions commises par un délinquant, tandis qu'il était déjà arrêté, détenu ou interné par mesure de sûreté. L'instruction sommaire est aussi susceptible de se substituer à une instruction formelle, quand l'inculpé a passé des

Si ces délais étaient atteints, il faudrait en référer à une autorité supérieure (Président du Tribunal, Procureur général ou Procureur du Roi, selon les cas), qui ordonnerait les mesures nécessaires pour accélérer l'information et pour établir éventuellement la responsabilité du retard (art. 272). Le code organise ainsi un heureux système de contrôle, susceptible d'aboutir à la libération provisoire de l'inculpé détenu à titre préventif pendant un temps excessif et à l'application de sanctions disciplinaires contre le magistrat responsable des lenteurs de l'instruction.

3° MESURES DE SÛRETÉ

Nous ne saurions passer sous silence le régime des mesures de sûreté instauré par les nouveaux codes italiens, et qui en constitue une des innovations les plus remarquables. Les Italiens estiment avoir résolu d'une façon satisfaisante le si délicat problème de la responsabilité des demi-aliénés, faibles d'esprit, ivrognes, récidivistes et des moyens de parer aux dangers qu'ils font planer à titre permanent sur la société.

Les mesures de sûreté, telles qu'elles ont été instituées par la nouvelle législation, donnent bien, à vrai dire, l'apparence d'un système de prévention criminelle et de prophylaxie sociale séduisant et harmonieux. Mais ce système n'autorise-t-il pas impunément certaines atteintes graves à la liberté individuelle ? Nous avouons être portés à la supposer.

Les mesures de sûreté peuvent être classées en trois catégories, selon l'autorité à qui est confiée la charge de les prescrire. Les moins dangereuses, en raison de leur caractère essentiellement provisoire, sont celles qui sont ordonnées d'office par le juge d'instruction ou par la section d'instruction de la Cour d'appel, à l'égard des inculpés mineurs, faibles d'esprit, ivrognes d'habitude ou individus

aveux. Le juge d'instruction se dessaisit alors au profit du ministère public. Ce dernier continue l'information, en accomplissant tous les actes, qui, dans l'instruction formelle, sont de la compétence du juge d'instruction.

adonnés à l'usage des stupéfiants. Elles consistent en un internement provisoire dans un établissement de réforme, un manicomie judiciaire ou une maison de santé ou de garde.

La juridiction appelée à statuer sur la prévention pourra à son tour prescrire des mesures de sûreté, assorties celles-là d'un caractère permanent. Parmi ces mesures, les unes sont privatives de liberté, telles que le renvoi dans une colonie agricole ou un atelier de travail, l'internement dans une maison de santé ou de garde ou dans un manicomie judiciaire, les autres seulement restrictives de liberté, telles que la liberté surveillée, l'interdiction de séjour, la défense de fréquenter les débits de boissons ou l'expulsion hors du territoire national (4).

Enfin, les personnes déclarées *pericolosita sociale* (art. 202 et suiv. Code pénal) peuvent être soumises à des mesures de sécurité publique, même lorsqu'elles n'ont commis aucune infraction caractérisée. Il s'agit dans ce cas d'une mesure de défense sociale purement préventive. Compétence est reconnue pour statuer sur le sort de ces individus socialement dangereux à un magistrat dénommé « juge de surveillance ». Ce dernier doit provoquer la comparution de la personne à soumettre à une mesure de sûreté, pour recueillir ses déclarations, après quoi il lui appartient de prescrire la mesure opportune, par un décret motivé, soit d'office, soit sur les réquisitions du Ministère public.

L'intéressé dispose de la faculté de faire appel de l'ordonnance du juge. C'est un conseiller à la Cour d'appel qui statue sur le recours. Le pourvoi en cassation, dont un conseiller à la Cour de cassation est appelé à connaître, est également autorisé. Mais ce sont là les seules garanties destinées à prévenir les excès ou abus, qui pourraient résulter du pouvoir discrétionnaire du juge de surveillance. Bien mieux, si le recours du requérant apparaît au magistrat

(4) La loi du 18 juin 1931 a en outre édicté diverses mesures de police, telles que le domicile forcé (*domicilio coatto*), l'admonition (*ammonizione*), l'exil à l'intérieur (*confino*). Ainsi se trouve forgée une armature redoutable de moyens réactifs et de mesures de coercition destinés principalement à réduire les ennemis de l'ordre social et politique.

statuant en appel ou en cassation manifestement injustifié, il peut lui infliger une peine disciplinaire ou le condamner à verser une amende de trois cents à mille liras.

Le rôle du juge de surveillance, organe essentiel dans la mise en œuvre du système italien des mesures de sûreté, ne se borne pas à édicter des mesures restrictives de liberté à l'égard des individus dangereux pour l'ordre social. Il incombe aussi au juge de veiller à l'exécution de ces mesures ou des peines proprement dites et à statuer sur les divers incidents que pourrait soulever leur application. Il dispose à cet effet d'un pouvoir très étendu sur les fonctionnaires de l'administration pénitentiaire. Il leur donne des ordres de service, et ces derniers, sauf dans des cas expressément prévus, ne sont susceptibles d'aucun recours (art. 585).

Il appartient notamment au juge de surveillance d'apprécier à tout moment si l'état de la personne socialement dangereuse persiste et d'ordonner l'abolition des mesures spéciales prises à son encontre, s'il en va autrement, sauf recours possible du Ministère public contre toutes décisions de cet ordre.

Si la liberté individuelle se trouve ainsi à la merci des pouvoirs à peu près discrétionnaires du juge de surveillance des agents de l'administration, le rôle qui lui est confié par le code italien, résoud d'une façon intéressante la question de l'intervention du pouvoir judiciaire dans le contrôle de l'exécution des peines.

SECTION II

Sanctions pénales et disciplinaires

Les arrestations et détentions arbitraires ou illégales sont sévèrement réprimées par le Code pénal italien. L'article 606 de ce code s'exprime ainsi : « Le fonctionnaire public, qui procède à une arrestation, en abusant des pouvoirs inhérents à ses fonctions, est puni de la réclusion jusqu'à trois ans ».

Et l'article 607, qui concerne les directeurs et gardiens-chefs de prisons et de maisons de sûreté, les frappe de la même peine, s'ils incarcèrent un individu sans ordre de l'autorité compétente, s'ils ne le relâchent pas sur le vu d'un ordre légal de libération ou s'ils prolongent indûment l'internement. On doit d'ailleurs se hâter d'ajouter que la mise en œuvre de ce système de sanctions pénales se heurte à des obstacles bien considérables. Le Ministère public ne peut en effet poursuivre un officier ou un agent de la police judiciaire pour un délit commis dans l'exercice de ses fonctions, sans être pourvu à cet effet d'une autorisation préalable appelée réquisition de poursuite. Ces réquisitions spéciales ne peuvent être délivrées que par le Ministre de la Justice, seul juge de l'opportunité d'une poursuite pénale. Si ces entraves à la liberté de poursuivre ont pour effet de placer la magistrature italienne sous la coupe directe du pouvoir exécutif, il est clair qu'elle lui garantit par contre une redoutable protection contre les attaques des simples citoyens, victimes de mesures arbitraires.

Les sanctions pénales paraissent donc ne devoir faire l'objet que d'une application exceptionnelle. Par contre, les sanctions disciplinaires sont susceptibles de jouer très facilement. L'article 229 du Code de procédure pénale confère au Procureur général le pouvoir direct d'infliger des sanctions disciplinaires à tous les officiers et agents de la police judiciaire, chaque fois que ceux-ci « violent des dispositions de lois pour lesquelles une sanction spéciale n'est pas établie ou refusent ou retardent l'exécution d'un ordre de l'autorité judiciaire ou bien ne l'exécutent qu'en partie ou avec négligence ». Un tel texte paraît être en mesure de recevoir une application aisée, dans tous les cas d'atteinte arbitraire ou injustifiée à la liberté individuelle.

Les peines infligées par le Procureur général, après avoir recueilli les déclarations du coupable, sont la censure et la condamnation à une amende de cinq cents à mille liras. Cette condamnation est sans recours. Le Procureur en informe pour exécution l'autorité dont dépend l'agent frappé.

Quant à la responsabilité civile de l'auteur de l'acte arbitraire, elle paraît être au moins aussi difficile à mettre en jeu que sa responsabilité pénale. Les magistrats ne sont civilement responsables des ordres qu'ils donnent qu'aux cas de dol ou concussion (art. 783 et suiv. C. proc. civ.). La faute même grave n'est pas prise en considération.

Si l'officier public est insolvable, tout recours devient illusoire, l'Etat n'étant pas responsable des faits de ses fonctionnaires.

Les nouveaux codes italiens réalisent une grande œuvre juridique, à laquelle il faut rendre hommage. Mais ils tendent manifestement à identifier la philosophie juridique pénale avec la philosophie même de la doctrine fasciste. Ils constituent, selon l'expression si juste de M. le Conseiller de Casabianca, « une forte discipline, qui s'intègre à la mystique d'un régime ».

A l'ancienne conception du droit de punir est substitué le droit de conservation et de défense propre de l'Etat, ayant pour objet de protéger les conditions de la vie en commun. Les garanties d'ordre politique et public priment en conséquence les garanties privées. La protection de la liberté individuelle ne tient dans les préoccupations du législateur qu'une place très secondaire. Il n'est pas étonnant dans ces conditions qu'elle soit exposée à souffrir impunément de graves atteintes.

Toutes ces réserves faites, on ne saurait contester que les codes italiens ne soient, au cours de la réforme projetée de notre législation criminelle, l'un des documents les plus importants à consulter et à mettre en parallèle avec nos textes actuellement en vigueur.

CHAPITRE FINAL

VUE D'ENSEMBLE

SUR UN PROJET GÉNÉRAL DE RÉFORME

Nous n'avons pas l'intention, au terme de cette étude, de revenir, par de nouveaux commentaires, sur les explications déjà fournies au sujet de notre régime légal actuel de protection de la liberté individuelle contre les arrestations et détentions arbitraires. Tenant pour acquises les déficiences et les lacunes de ce régime, nous désirons seulement regrouper, pour la clarté de cet exposé, dans une très succincte vue d'ensemble, l'énumération des diverses modifications et réformes susceptibles, à notre sens, d'améliorer sur ce point les institutions françaises (1).

SECTION I

Les garanties préventives

1° LES GARANTIES PRÉVENTIVES

CONTRE LES ARRESTATIONS ARBITRAIRES OU ILLÉGALES

Assurer aux citoyens des garanties préventives contre les arrestations arbitraires, cela consiste essentiellement à réglementer et à limiter le droit d'arrestation reconnu aux officiers et agents de la police judiciaire. Or, la loi actuelle

(1) Il ne s'agit, dans ce chapitre final, que de présenter au lecteur un rapide aperçu d'ensemble, volontairement dépouillé de tous commentaires, des réformes dont nous sommes partisans. Nous nous sommes déjà, en effet, expliqués au cours des précédents chapitres de ce travail, sur les raisons pour lesquelles ces réformes nous apparaissent souhaitables et sur les répercussions pratiques de leur institution éventuelle.

n'accorde à ces agents le droit d'appréhender spontanément un individu qu'au cas de flagrant délit. C'est la jurisprudence qui s'est trouvée obligée, pour tenter de légaliser certaines pratiques courantes imposées par de très impérieuses nécessités pratiques, de conférer à la notion de flagrant délit un sens très éloigné de celui auquel le législateur avait entendu la restreindre.

C'est dans cette antinomie entre le texte de la loi et les nécessités de l'ordre social que réside le danger. A présent, c'est le modeste agent de la police judiciaire lui-même à qui revient la charge de se faire juge de ces nécessités sociales. Une telle faculté d'appréciation est inconciliable avec le caractère subordonné de ses attributions. Le législateur devrait, pour remédier à cet état de chose, définir à nouveau et très clairement ce qu'il faut entendre par flagrant délit. Nos tribunaux seraient ainsi obligés de modifier leur interprétation démesurément extensive de cette notion. Cette interprétation perdrait d'ailleurs toute raison d'être, si une loi nouvelle venait explicitement reconnaître aux agents adjoints à la police judiciaire un droit assez large de capture, c'est-à-dire le droit d'appréhender certains individus suspects ou dénoncés, dans des hypothèses d'urgence limitativement énumérées, et de les conduire devant le commissaire de police ou le Procureur de la République, afin d'y être interrogés. L'interrogatoire devrait être effectué dans les vingt-quatre heures. L'individu arrêté devrait être relâché, à l'expiration de ce délai, s'il ne faisait pas l'objet d'un mandat de détention délivré par le juge d'instruction saisi par un réquisitoire introductif du Procureur.

Le renforcement de l'autorité légale des fonctionnaires et agents du pouvoir judiciaire devrait s'accompagner de la suppression totale et définitive de toute immixtion d'ordre administratif dans le domaine de la police judiciaire. Nous réclamons aussi bien la disparition des arrestations dites administratives, dont la pratique journalière nous offre encore de multiples exemples, que l'abrogation complète de l'article 10 du Code d'instruction criminelle.

Les préfets ne sont pas officiers de police judiciaire. Ils sont placés sous la directe subordination du Ministre de l'Intérieur. Il est inadmissible qu'ils conservent, pour des fins purement politiques, le droit de priver des citoyens de leur liberté. Les garanties, auxquelles la loi du 25 mars 1935 a entendu subordonner l'exercice par les préfets des pouvoirs qu'elle leur reconnaît, sont dépourvues de toute valeur effective. L'appréciation du caractère d'urgence est arbitraire et l'obligation de transmettre les pièces dans les vingt-quatre heures au Parquet n'est assortie d'aucune sanction. L'article 10 continuerait, si son abrogation n'était pas opérée, à faire peser sur la liberté individuelle, et tout particulièrement dans les périodes de troubles sociaux et politiques, une redoutable menace.

Outre cette nouvelle réglementation du droit d'arrestation, il faudrait enfin reconnaître aux justiciables le droit de résister, au besoin par la force, à l'exécution d'un acte manifestement arbitraire ou illégal. Si l'agent du pouvoir public est, en principe, couvert dans l'exercice de ses fonctions par une présomption de légalité, il serait souverainement injuste de le faire bénéficier de la même présomption, quand il commet un grave excès de pouvoir ou viole sciemment un droit incontesté.

Dans des hypothèses semblables — par exemple défaut de tout ordre d'arrestation ou mandat manquant des conditions essentielles à sa validité — l'individu qui refuserait de se laisser appréhender, pourrait être, éventuellement, inculpé d'un délit de droit commun, s'il faisait emploi de violences graves et inutiles, mais jamais du délit de rébellion de l'article 209.

Au cas où l'arrestation serait opérée en vertu d'un ordre ou mandat simplement irrégulier en la forme, il nous paraît plus prudent de ne pas accorder à la personne qui en ferait l'objet un droit de résistance active. Mais nous estimons au moins nécessaire et équitable de lui concéder le droit de résistance passive ou inerte (2).

(2) Nous avons déjà expliqué dans quel sens exact nous entendions ce terme de résistance passive. Voir *supra*, p. 72.

2° LES GARANTIES CONTRE LES DÉTENTIONS PRÉVENTIVES ARBITRAIRES OU INJUSTIFIÉES

La double réforme de 1933 et de 1935 apporte sur ce point plusieurs satisfactions aux auteurs qui avaient dénoncé les tares du régime antérieur. N'oublions pas toutefois que cette réforme, en compliquant et allongeant la procédure de l'instruction, atteint parfois des résultats opposés aux buts qu'elle vise. Bien des réformes de détail sont encore, à notre avis, souhaitables.

Il conviendrait notamment d'obliger le juge d'instruction à motiver d'une façon plus explicite ses mandats et ordonnances, en proscrivant l'emploi des formules toutes faites auxquelles il a tendance à recourir (3).

Il faudrait par contre reconnaître au magistrat instructeur la faculté de donner mainlevée des mandats de dépôt et d'arrêt qu'il a délivrés, sans être astreint à obtenir au préalable les conclusions conformes du Procureur de la République.

Les incarcérations devraient être soumises à un contrôle plus rigoureux qu'elles ne le sont actuellement. Les gardiens-chefs sont tenus, sous peine de sanctions pénales (art. 120, Code pénal), de vérifier l'existence du titre, jugement ou mandat, en vertu duquel ils écrouent leurs prisonniers; ils devraient être également obligés de vérifier qu'aucune des conditions primordiales essentielles à la validité de ce titre ne fait défaut.

Quant aux articles 616 du Code d'instruction criminelle et 119 du Code pénal, prescrivant aux magistrats ayant connaissance d'une détention arbitraire, tantôt de la dénoncer à l'autorité supérieure, tantôt d'y mettre fin eux-mêmes, leurs dispositions contradictoires les rendent l'un et l'autre inapplicables; leur abrogation s'impose. On pourrait utilement leur substituer un texte unique obli-

(3) Voir à ce sujet l'arrêt de la C. de Cass. du 14 avril 1934, qui estime qu'une ordonnance est valablement motivée, lorsqu'elle reproduit les termes de l'art. 113 du Code d'instr. crim., *D.H.*, 1934, p. 285.

geant uniformément les fonctionnaires et agents de la police judiciaire à avertir le juge d'instruction de la détention arbitraire dont ils auraient eu connaissance. Le juge serait seul tenu, sur l'avis qu'il en aurait reçu, de se transporter auprès de la personne illégalement détenue et d'ordonner son élargissement immédiat.

Toutes ces précautions prises et toutes ces garanties observées, il n'en demeure pas moins que notre loi pénale laisse à la discrétion d'un seul homme, parfois très jeune et toujours sujet aux faiblesses et aux passions humaines, le pouvoir exorbitant de délivrer sur de simples apparences des mandats de détention, sans contrôle ni recours préalable possibles. Pourquoi ne pas s'efforcer de mettre à la disposition des inculpés une action en libération rapide, simple, accessible à tous, véritablement préventive à la détention, dont la Chambre des Mises en accusation aurait à connaître, avant toute exécution du mandat du juge ? Il s'agirait en somme d'introduire dans notre droit, en l'adaptant aux règles de notre instruction criminelle, une institution analogue à l'*habeas corpus* anglais, qui assure aux justiciables, en Grande-Bretagne, une admirable protection préventive contre tout risque d'arbitraire.

Mais la réforme fondamentale et primordiale qu'il conviendrait, à notre sens, d'introduire dans notre régime légal actuel, parce qu'elle conditionne la bonne application de toutes les réformes de détail précitées, serait celle qui modifierait la nature même du rôle et des attributions du juge d'instruction. La situation présente du magistrat instructeur, à la fois agent de la poursuite, chargé à titre d'officier de la police judiciaire de rassembler les preuves de la commission de l'infraction et de la culpabilité de l'inculpé, et juge, chargé de statuer sur sa propre instruction, nous apparaît des plus périlleuses. Un homme ne remplit pas convenablement deux fonctions différentes et ne saurait songer avec un zèle égal à deux intérêts contraires. L'opposition demeure irréductible entre le zèle dans la poursuite, l'ardeur à confondre le mensonge, à dévoiler la fraude des inculpés, choses bonnes et louables

en soi, et le calme, l'espèce de neutralité, qui est de l'essence de la Justice.

Que si l'on juge bon de maintenir le juge d'instruction dans la plénitude de sa double qualité, qu'on prenne au moins les mesures propres à lui assurer, dans son rôle juridictionnel, une parfaite indépendance vis-à-vis des représentants de l'accusation et vis-à-vis des pouvoirs politiques. Un grand progrès serait déjà accompli dans ce sens, si l'on soustrayait les magistrats instructeurs au contrôle disciplinaire du chef du Parquet et si l'on retirait à ce dernier la charge de les noter.

SECTION II

Les mesures répressives et réparatrices

L'institution d'un système de sanctions pénales contre l'auteur de l'arrestation ou de la détention sans fondement et de réparations civiles accordées à la victime soulève immédiatement le problème de la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire.

De l'examen de ce problème, tel que nous l'avons envisagé dans ce travail, se dégagent les idées essentielles suivantes. Le magistrat doit être protégé dans l'accomplissement de ses fonctions. Il contrarie, dans un intérêt supérieur général, trop d'intérêts particuliers, pour ne pas être exposé à d'incessantes et injustes récriminations. Mais s'il y a des raisons pour atténuer la responsabilité des magistrats ou pour l'écarter dans certains cas, il n'en est aucune pour l'abolir totalement ou l'écarter toujours. L'idée est de tous les temps que la responsabilité est le contrepoids de l'autorité, sa garantie. Elle devrait donc être une des assises des gouvernements représentatifs et démocratiques.

Ces principes ainsi formulés ne rencontrent plus guère aujourd'hui d'opposition doctrinale. Or, en fait, et nous l'avons longuement montré au cours des chapitres précédents, le régime légal et jurisprudentiel actuel consacre

l'irresponsabilité totale du juge. Sur le plan pénal, aucune poursuite ne peut être engagée, parce que notre code qualifie forfaitures des infractions qui ne sauraient faire l'objet d'une procédure et de sanctions criminelles, et parce que l'attribution monopolisée au Procureur général du droit d'entamer ces poursuites aboutit à instituer « le régime du bon plaisir des chefs... le déni de justice à la disposition des Parquets » (4).

L'action disciplinaire s'avère plus illusoire et plus aléatoire encore, le Garde des Sceaux pouvant seul déclancher la procédure et susciter la sanction professionnelle.

Quant aux recours civils en réparation, les dispositions les plus restrictives les entravent. Le vieil édifice de la prise à partie se condamne de lui-même. Elevé au cours des siècles, mi-partie par la royauté qui s'en servait comme d'une arme contre les magistrats, mi-partie par les Parlements qui s'efforçaient d'en faire une défense contre les entreprises royales, ce système perdait toute sa raison d'être au moment de la Révolution, et le Code de procédure, en l'homologuant, ne fit qu'entourer la poursuite des magistrats, déjà enclins à se justifier eux-mêmes en toute occurrence, de barrières quasi-insurmontables.

A ce régime désuet et pratiquement inapplicable, il convient de substituer un régime réellement protecteur des libertés individuelles et nettement orienté en conséquence vers la reconnaissance de la responsabilité civile et pénale des magistrats. Les réformes que nous proposons ne visent pas à l'originalité; elles se bornent à informer, dans un système aussi clair et concret que possible, les opinions émises par les auteurs les plus autorisés.

Ce système est fondé sur la distinction primordiale suivante: si l'arrestation ou la détention est arbitraire, elle doit être qualifiée de crime et faire encourir à son auteur une peine criminelle; si l'arrestation ou la détention est illégale, elle constitue un délit engageant à ce titre la responsabilité pénale et civile du magistrat qui l'a ordon-

(4) M. LACQIN, *Revue pénitentiaire*, 1906, *op. cit.*

née; les arrestations ou détentions injustifiées n'ouvrent plus à leur victime que le droit de poursuivre le magistrat fautif en dommages-intérêts devant une juridiction civile; enfin les arrestations et détentions erronées et dommageables ne mettent en jeu que la responsabilité de l'Etat contre lequel le justiciable lésé peut se pourvoir en réparation du préjudice subi.

I^o ARRESTATIONS ET DÉTENTIONS ARBITRAIRES

Le mot arbitraire est ainsi défini par le dictionnaire: « Où intervient le caprice, les passions humaines, aux dépens de la légalité et de l'équité ». Cette définition, toute simple qu'elle soit, nous satisfait pleinement. Nous entendons, en effet, par arrestation ou détention arbitraire celle qui est opérée par malveillance pure et intention de nuire, sans aucun souci de la loi ni de la justice. Les officiers supérieurs de police judiciaire disposent sans doute d'un pouvoir arbitraire légal, c'est-à-dire d'une large faculté d'appréciation abandonnée par le législateur à leur conscience et à leur sagacité. S'ils accomplissent un acte ou prennent une décision en usant de cette faculté d'appréciation et sans l'outrepasser, ils ne sauraient, en principe, encourir aucune sanction. Mais si l'acte du juge est exécuté dans le but d'assouvir une de ses passions personnelles, notamment de priver de sa liberté un individu à l'encontre duquel il nourrit une violente inimitié, la mesure devient à proprement parler arbitraire et pénalement répréhensible. Ainsi un juge d'instruction, qui lance sciemment un mandat d'arrêt contre un individu qu'il sait innocent du crime dont il l'inculpe, commet un acte arbitraire.

Ce qui caractérise donc à nos yeux l'acte arbitraire, c'est non tout à fait l'intention criminelle, mais bien plutôt le mobile, le motif d'action de son auteur. Une telle faute nous semble appeler une sanction rigoureuse. La peine de la dégradation civique n'est pas excessive pour châtier le magistrat, qui utilise ses pouvoirs sur la liberté individuelle à la satisfaction de ses caprices ou de ses

haines personnelles. Cette sanction rigoureuse aurait d'ailleurs, dans l'avenir comme par le passé, bien peu d'occasions de s'appliquer, la preuve du mobile mauvais et de l'intention criminelle de l'auteur de la mesure attentatoire à la liberté demeurant toujours l'une des conditions essentielles à la mise en œuvre de l'article 114 du Code pénal.

Si cet article doit donc subsister dans cette mesure restreinte, par contre l'excuse légale que ce texte institue en faveur des agents qui ont exécuté l'ordre de leur supérieur ne mérite pas de survivre à une réforme pénale. L'agent d'exécution à la charge de qui peut être imputée une intention criminelle est presque toujours moralement coupable. Si son supérieur a usé à son égard de moyens de coercition particulièrement énergiques, il lui suffit, pour obtenir une diminution ou une suppression de peine, de se prévaloir de la contrainte morale exercée à son encontre. L'excuse de l'article 114 ne sert donc le plus souvent, à l'heure actuelle, qu'à protéger des fonctionnaires fautifs et de mauvaise foi, peu dignes de la mansuétude que la loi leur témoigne.

Les règles de poursuite devraient, elles aussi, donner lieu à une réforme. Il est regrettable que l'initiative des poursuites demeure entre les mains du Procureur général. Ce haut magistrat est souvent mal placé, en raison de sa dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, pour apprécier en toute liberté les suites qu'il convient de donner aux plaintes dont il est saisi. Aussi serait-il préférable de donner compétence, pour engager les poursuites, au Président du Tribunal civil, au premier Président de la Cour d'appel ou au Président de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, selon la qualité du fonctionnaire judiciaire auteur de l'acte arbitraire.

2° ARRESTATIONS ET DÉTENTIONS ILLÉGALES

L'arrestation ou la détention illégale est celle qui est ordonnée ou opérée en violation d'une condition, d'une

forme ou d'un délai légal. Ici, l'intention criminelle et l'intention dolosive font défaut ou tout au moins la preuve ne peut en être rapportée. La faute du magistrat ne tombe donc pas sous les prévisions de l'article 114.

Doit-elle échapper pour cela à toute répression? Nous ne le pensons pas. Le juge d'instruction ou le Procureur de la République, qui viole délibérément l'un des textes légaux garantissant les justiciables contre toute atteinte injustifiée à leur liberté, est gravement coupable, quelque soit le mobile auquel il ait obéi en commettant l'illégalité.

Or, les sanctions de l'article 112 du Code d'instruction criminelle sont anodines. Il faudrait, à côté de ces sanctions purement civiles, créer un délit d'arrestation et de détention illégales puni de peines d'emprisonnement et d'amende. L'application de ces peines ne devrait pas être subordonnée à la nécessité de la preuve de l'intention délictueuse de l'agent. On ne saurait, en effet, autoriser un magistrat à se prévaloir, pour échapper à toute sanction, de son ignorance de certains textes de lois, dont ses fonctions lui imposent plus qu'à tous autres la connaissance et le respect. Si l'on ne veut pas instituer en pareille matière un délit non intentionnel, il est au moins très souhaitable de conférer ici à l'intention délictueuse un sens plus large que d'ordinaire et de la considérer comme réalisée, non seulement quand l'agent savait, mais encore quand il devait savoir qu'il commettait un délit. Naturellement, l'auteur de l'acte illégal demeurerait toujours admis à prouver que sa bonne foi a été surprise et il échapperait, dans ce cas, à toute responsabilité pénale.

La poursuite du magistrat devant le tribunal correctionnel autoriserait la victime de l'acte arbitraire à s'y joindre à titre de partie civile. L'individu illégalement appréhendé ou détenu serait aussi recevable, s'il préférerait la voie civile, à exercer un recours ultérieur devant une juridiction civile, en réparation du préjudice que l'acte illégal lui aurait causé.

3° ARRESTATIONS ET DÉTENTIONS INJUSTIFIÉES

L'arrestation et la détention injustifiées supposent, au sens que nous donnons à ces termes, un acte qui respecte les conditions légales et qui soit ordonné et exécuté de bonne foi, c'est-à-dire sans intention dolosive de la part de son auteur. Il n'y a donc ni arbitraire ni illégalité. Mais les circonstances ne justifiaient pas moralement le recours à cette mesure. Le magistrat, en la décrétant, a commis une faute de négligence, d'imprudence ou d'ignorance caractérisée dans l'exercice de ses fonctions. Il est sorti intellectuellement et moralement de la ligne de sa fonction, telle que la déterminaient les lois, les règlements et les normes habituelles du service. Il n'a pas observé les devoirs d'ordre moral et professionnel que sa charge lui impartissait. A défaut de toute violation de la loi et de toute intention délictueuse, il n'encourt aucune sanction pénale. Par contre, ayant commis une faute certaine contre les devoirs dont sa profession lui imposait l'observation, sa responsabilité civile vis-à-vis de la victime de la mesure injustifiée doit, à notre avis, être consacrée.

Supposons, par exemple, que le Procureur de la République, sous la pression de l'opinion publique qui réclame des coupables, ouvre une information contre une personne dénommée et que le juge d'instruction délivre contre elle un mandat de dépôt, sans détenir le moindre indice de sa culpabilité, sans se préoccuper de faire procéder à l'enquête préalable que les circonstances requièrent et sans même faire vérifier l'inexactitude des alibis invoqués. Les cas dans lesquels la détention préventive doit être ordonnée demeurent encore, malgré les restrictions de la loi du 7 février 1933, abandonnés dans une grande mesure à l'appréciation du juge d'instruction, et il est indispensable qu'il en soit ainsi. Mais si le juge, par incurie ou par négligence, fait un abus habituel et manifeste du régime de la détention préventive, s'il fait incarcérer un individu contre lequel n'existent pas de charges suffisantes et omet de rechercher si un autre individu suspect dont il a le nom

ne serait pas l'auteur de l'infraction, il méconnaît sans aucun doute ses obligations professionnelles, et cette méconnaissance peut être lourde de conséquences fâcheuses ou dramatiques pour les justiciables.

Or, dans l'état actuel des textes, il est à craindre que des fautes de cette nature n'engagent pas la responsabilité de leur auteur. Le critère de la faute lourde professionnelle s'avère trop vague et indéterminé, pour ne pas prêter à une interprétation jurisprudentielle très restrictive. Aussi, lui préférons-nous celui de faute contre les devoirs de la fonction judiciaire, qui offre, à notre sens, un double avantage sur le précédent : il présente d'abord des analogies avec le critère de faute personnelle appliqué aux fonctionnaires de l'ordre administratif et tend donc à rapprocher le domaine des deux responsabilités ; il est ensuite d'une signification plus claire et d'une application plus facile que tout autre ; pour rechercher si le juge a ou non commis une faute contre les devoirs de sa profession, il suffira de se demander quelle eût été, dans des circonstances semblables, la conduite d'un magistrat consciencieux et normalement soucieux de ses fonctions.

La responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, à raison des arrestations et détentions auxquelles ils procèdent, devrait au surplus être mise en œuvre par une procédure simplifiée par rapport à la prise à partie actuelle. L'autorisation préalable de poursuivre, qui en constitue l'obstacle principal et souvent infranchissable, devrait notamment disparaître. Les magistrats seraient protégés contre des recours vexatoires ou abusifs par les sanctions, dommages-intérêts ou amende, auxquelles la Cour pourrait condamner le plaideur téméraire ou de mauvaise foi.

4° ARRESTATIONS ET DÉTENTIONS ERRONÉES ET DOMMAGEABLES

Nous rangeons sous cette dénomination toutes les arrestations et détentions ordonnées ou opérées par suite d'une erreur d'appréciation non imputable au fonctionnaire qui

la commet, parce qu'elle doit être mise, selon la formule habituelle, sur le compte de la faillibilité et de l'imperfectibilité humaines.

Mais si le juge qui s'est trompé n'a commis aucune faute précise et personnelle, l'erreur n'en demeure pas moins un fait de service, c'est-à-dire un résultat du mauvais fonctionnement ou de l'agencement défectueux du service judiciaire. Le service judiciaire, étant à proprement parler un service public au même titre que les divers services administratifs, devrait, selon la jurisprudence et la doctrine modernes, engager la responsabilité de l'Etat. L'Etat ne répond pas du fonctionnaire, mais il répond de la fonction ou du service.

Même en l'absence de toute faute de service, les dommages exceptionnels que le pouvoir judiciaire cause à un citoyen devraient d'ailleurs en toute équité être supportés, en vertu des principes de solidarité et de risque social, par tous les justiciables dans l'intérêt de qui fonctionne le service judiciaire, c'est-à-dire en pratique par l'Etat. Il ne s'agit, en fin de compte, que d'élargir les applications du principe en vertu duquel la responsabilité de l'Etat est engagée à raison des erreurs judiciaires constatées par une décision de révision (loi du 8 juin 1895). Beaucoup de législations étrangères, plus libérales que la nôtre, nous tracent la voie à suivre.

Naturellement, il importe, pour éviter tout abus et toute réparation injustifiée, de déterminer avec soin le domaine d'application et les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'Etat. Les deux conditions essentielles auxquelles elle doit être subordonnée sont les suivantes :

Il faut, en premier lieu, que l'erreur judiciaire soit constatée d'une façon certaine, soit par une ordonnance de non-lieu, soit par un jugement d'acquiescement reconnaissant expressément l'innocence de l'inculpé ou du prévenu. Il est notamment deux ordres de faits auxquels il paraît impossible de refuser la réparation : l'erreur sur la personne d'abord, ensuite la preuve de la non-existence du fait incriminé.

Il faut, en second lieu, que l'inculpé relaxé des fins de la poursuite dirigée à tort contre lui justifie d'un préjudice effectif et sérieux. Le préjudice moral notamment ne doit être pris en considération que lorsqu'il présente un caractère de gravité incontestable et qu'il découle directement de la mesure privative de liberté prise à l'encontre de l'inculpé.

Dans ces conditions et sous ces réserves, nous croyons que la responsabilité de l'Etat répondrait à un principe d'équité certain. Il est clair, au surplus, que le caractère exceptionnel de la détention préventive serait moins souvent méconnu, tant par l'opinion publique que par les juges d'instruction, si l'inculpé détenu et libéré après une ordonnance de non-lieu ou acquitté pouvait obtenir de l'Etat une réparation pécuniaire.

Voici donc retracées les grandes lignes de ce projet de réforme basé sur la distinction ignorée de notre législation actuelle entre arrestations et détentions arbitraires, illégales injustifiées et erronées. Ce système parviendrait, croyons-nous, à la fois à réprimer toutes les arrestations ou détentions opérées dans une intention dolosive ou en violation de la loi, et à fournir aux justiciables la réparation de toutes les mesures non fondées en fait ou en droit, portant indûment atteinte à leur liberté.

Le principe, à nos yeux essentiel, selon lequel toute atteinte injustifiée à l'un des droits de la personnalité humaine appelle réparation, serait alors respecté et la liberté individuelle serait enfin assortie des garanties vraiment efficaces, dont on ne saurait plus longtemps, sans péril, la tenir dépouillée.

CONCLUSION

« Un système législatif doit être ou libéral ou autoritaire. Mais rien n'est plus dangereux pour la liberté de l'individu que cet autoritarisme déguisé sous lequel nous vivons, pas même un autoritarisme avoué; car l'arbitraire individuel est infiniment plus dangereux que l'arbitraire collectif ». Ainsi s'exprimait récemment, dans un article consacré aux garanties comparées de la liberté individuelle en France et en Angleterre, M. SALLÉ DE LA MARNIÈRE (1). Au terme de notre propre étude, nous ne pouvons nous-mêmes que souscrire à ce jugement. La France a fait des révolutions pour proclamer le droit naturel à la liberté de la personne. Mais, après l'avoir affirmé, elle s'est manifestée hors d'état de le protéger. Nos Constitutions ne prévoient contre les violations de la liberté individuelle ni recours constitutionnel, ni recours législatif, ni recours judiciaire opérant. Les droits de la personne paraissent être défendus. En fait, la liberté d'un citoyen n'est jamais à l'abri d'une arrestation arbitraire ou d'une détention abusive.

Cette longue accoutumance des esprits à ce système d'oppression déguisée sous les traits d'un régime soi-disant libéral est pleine de péril. L'arbitraire entre insidieusement dans les pratiques journalières, sans soulever de protestations. Cette abdication de l'individu devant les abus, cet affaissement ou cette torpeur de l'opinion publique, inconsciente de la gravité de ses capitulations successives, risquent de conduire peu à peu les Etats et les gouvernants sur une pente dangereuse.

(1) M. SALLÉ DE LA MARNIÈRE: L'habeas corpus anglais et la liberté individuelle en France, in *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1934, p. 617.

Quelquefois aussi l'impossibilité où se trouve l'individu de faire valoir son droit aboutit, non pas à l'effacement, à la passivité, mais à l'exaspération; n'ayant pas l'accès des voies légales, il en vient aux solutions violentes ou pernicieuses, la campagne de presse ou l'intrigue parlementaire.

Aussi la profonde modification de notre régime légal actuel, impérieusement réclamée par la justice, par l'honneur du pays et même par l'intérêt bien compris de la magistrature, devrait-elle sans doute être précédée d'une réforme de nos mœurs elles-mêmes.

Cette évolution psychologique et morale de notre opinion publique, qui doit prélude à l'avènement de la réforme législative souhaitable, ne semble pas malheureusement près de s'opérer. En attendant que notre pays soit pourvu d'un régime légal réellement protecteur des droits individuels, faisons donc confiance à la magistrature française, qui a toujours eu à cœur d'assurer, dans la mesure où les pouvoirs exécutif et législatif lui en ont laissé la faculté, son noble rôle séculaire d'arbitre entre la puissance de l'Etat et les droits du citoyen et de gardienne des libertés publiques et privées.

VU:

Nancy, le 16 Octobre 1936.

Le Président de la Thèse,

A. HENRY.

VU:

Nancy, le 18 Octobre 1936.

Le Doyen de la Faculté de Droit,

F. SENN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER:

Nancy, le 19 Octobre 1936.

Le Recteur de l'Académie,

Président du Conseil de l'Université,

L. BRUNTZ.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX .

- BERTHÉLEMY. — *Traité élémentaire de Droit administratif*, 12^e éd., 1930.
- BLANCHE. — *Etudes pratiques sur le Code pénal*, 2^e éd., 1891.
- CHAUVEAU et FAUSTIN-HÉLIE. — *Théorie du Code pénal*, 6^e éd., 1888.
- CHÉNON. — *Histoire du Droit français public et privé*, 1929.
- CUCQ. — *Les Institutions juridiques des Romains*, 2^e éd.
- DUGUIT. — *Traité de Droit constitutionnel*, 3^e éd.
- ESMEIN. — *Histoire de la procédure criminelle en France*.
- ESMEIN et NEZARD. — *Eléments de Droit constitutionnel*, 7^e éd.
- GARÇON. — *Code pénal annoté*.
- GARRAUD. — *Traité de Droit pénal français*, 3^e éd.
- *Traité d'Instruction criminelle et de procédure pénale*.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Traité de procédure civile et commerciale*, 3^e éd.
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain*, 8^e éd.
- GLASSON. — *Histoire du Droit et des institutions de la France*.
- GLASSON et TISSIER. — *Traité d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd.
- GOYET. — *Précis de Droit pénal spécial*, 2^e éd., 1933.
- HAURIOU. — *Précis de Droit administratif et de Droit public*, 12^e éd.
- JÈZE. — *Les principes généraux du Droit administratif*, 3^e éd.
- JOUSSE. — *Traité de la justice criminelle en France*.
- LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative*, 2^e éd.
- MOMMSEN. — *Antiquités romaines: Le Droit public romain*, tome I ;
Le Droit pénal romain, tome I.
- MONTESQUIEU. — *L'esprit des lois*.
- LE POITTEVIN. — *Code d'instruction criminelle annoté*.
- *Dictionnaire des Parquets*, 6^e éd., 1928.
- ROLLAND. — *Précis de Droit administratif*, 5^e éd., 1934.
- VIDAL et MAGNOL. — *Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire*, 8^e éd., 1935.

II. — OUVRAGES SPÉCIAUX

- ARMAND. — *La loi du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle*. Thèse Lyon, 1934.
- AULARD et MIRKINE-GUETZEVITCH. — *Les déclarations des Droits de l'homme* (Textes constitutionnels concernant les droits de l'homme et les garanties de la liberté individuelle dans tous les pays), 1929.
- BAUDOIN. — *L'habeas corpus*. Thèse Paris, 1927.
- LA BELGIQUE. — Collection *La vie juridique des peuples*, sous la direction de MM. LÉVY-ULLMANN et MIRKINE-GUETZÉVITCH, 1931.
- BLEYS. — *Les garanties de la liberté individuelle en Angleterre*. Thèse Toulouse, 1909.
- BRAAS. — *Traité élémentaire d'instruction criminelle belge*. Bruxelles, 1925.
- *Traité élémentaire de Droit pénal belge*. Bruxelles, 1928.
- BUJARD. — *La faute professionnelle dans la magistrature*. Thèse Dijon, 1914.
- CHAZELLES. — *Des garanties données ou à donner au droit naturel de liberté dans la détention préventive*. Thèse Strasbourg, 1922.
- COULON. — *Une réforme indispensable: de la liberté individuelle*, 1901.
- CRÉMIEUX. — *Liberté individuelle, arrestations et séquestrations illégales*, 1867.
- CUNÉO. — *De l'arrestation et de la sanction des arrestations arbitraires*. Thèse Paris, 1902.
- DANIEL. — *La liberté provisoire et la loi du 7 février 1933*. Thèse Paris, 1934.
- DAVENAS. — *Le privilège de juridiction et la loi du 24 février 1934*. Thèse Lyon, 1935.
- DECOURTEIX. — *La liberté individuelle et le droit d'arrestation*, 1880.
- DEGUERRE. — *De la liberté individuelle en droit romain et en droit français*. Thèse, 1876.
- DEVÈZE. — *La responsabilité civile de l'Etat en cas d'erreur judiciaire*. Thèse Paris, 1897.
- DOUAY. — *Des garanties de la liberté individuelle*. Thèse Paris, 1905.
- DUEZ. — *La responsabilité de la puissance publique*, 1927.
- DUPRÉ. — *Essai sur la prise-à-partie des magistrats en matière répressive*. Thèse Toulouse, 1932.
- DURAND. — *De la discipline dans la magistrature*. Thèse Paris, 1894.
- FABRE. — *Les privilèges de juridiction des articles 479 et suivants du Code d'instruction criminelle*. Thèse Toulouse, 1936.

- FRANQUEVILLE (DE). — *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne.*
- GIELKENS. — *La liberté individuelle en Belgique*, 1902.
- GLASSON. — *Histoire du Droit et des institutions de l'Angleterre.*
- GRANDCOLLOT. — *La responsabilité de l'Etat en matière judiciaire.*
Thèse Paris, 1935.
- GUILLEMONT. — *De la rébellion et de la résistance aux actes illégaux.*
Thèse Bordeaux, 1921.
- HÉROLD et JOZAN. — *Manuel de la liberté individuelle.*
- ISAMBERT. — *Les anciennes lois françaises.*
- KENNY. — *Esquisse du droit criminel anglais.* Traduction française,
Paris, 1921.
- LAPEYRE. — *La détention préventive et la liberté provisoire au cours du procès pénal.* Thèse Toulouse, 1936.
- LÉVY. — *De l'information officieuse.* Thèse Nancy, 1934.
- LÉVY-ULLMANN. — *Le système juridique de l'Angleterre*, 1928.
- LOWELL. — *Le gouvernement de l'Angleterre*, tome II. Traduction française de NERINCX, 1910.
- MALET. — *Etude de jurisprudence sur les ordonnances de non-lieu.*
Thèse Grenoble, 1936.
- MARMIER. — *Les garanties de la liberté individuelle et la réforme du Code d'instruction criminelle.* Thèse Paris, 1924.
- MARTIN. — *La détention préventive et la liberté provisoire. Etude sur la loi du 7 février 1933.* Thèse Rennes, 1935.
- MICHELET. — *De la liberté provisoire.* Thèse Poitiers, 1916.
- NESMES-DESMARETS. — *De la responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre administratif et judiciaire.* Thèse Montpellier, 1910.
- NICOLLE. — *Du droit d'arrestation à Rome. Des arrestations arbitraires.* Thèse Paris, 1894.
- ODET. — *Les garanties de la liberté individuelle: analyse et commentaires de la loi du 7 février 1933.*
- PAGÈS. — *De la responsabilité des magistrats et officiers de police judiciaire en matière de violation de la liberté individuelle.* Thèse Toulouse, 1908.
- PALLU DE LESSERT. — *La prise-à-partie dans l'ancien droit français.*
Thèse Paris, 1922.
- PERREAU. — *De la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires publics en droit romain.* Thèse Bordeaux, 1894.
- PETEL. — *De la responsabilité du ministère public tant au civil qu'au criminel et des officiers de police judiciaire.* Thèse Paris, 1901.
- SEITZ. — *Les principes directeurs de la procédure criminelle en Angleterre.* Thèse Nancy, 1928.
- SERVAIS et MECHELYNCK. — *Les codes et les lois spéciales en vigueur en Belgique.* Bruxelles, 1936.

- LA SUISSE. — Collection *La vie juridique des peuples*, sous la direction de MM. LÉVY-ULMANN et MIRKINE-GUETZÉVITCH.
- TEISSIER. — *Instruction criminelle et liberté individuelle*, 1881.
- THORPE. — *Ancient laws and institutes of England* (lois anglo-saxonnes).
- VERNADEAU. — *De la responsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire*. Thèse Paris, 1907.
- VERNET. — *Les arrestations, les perquisitions et le projet de loi adopté par le Sénat le 22 juin 1922*. Thèse Paris, 1924.

III. — JOURNAUX - REVUES - RÉPERTOIRES

- Annuaire de Législation-étrangère*, 1872-1936.
- Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1926 : M. HUGUENEY : Rapport sur les garanties de la liberté individuelle.
- 1927 : Discussion du projet de loi sur les garanties de la liberté individuelle.
- Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1869 à 1936.
- Dalloz hebdomadaire*, 1933. — M. HENRY : La responsabilité des magistrats en matière civile et pénale.
- Dalloz périodique*, 1933-4-65 : La loi du 7 février 1933 sur les garanties de la liberté individuelle. Commentaire de M. LEOIR.
- Etudes criminologiques*, 1928. — M. PICARD : De l'exercice du droit d'arrestation par la gendarmerie.
- Journal officiel*, 1934 : Projet de Code pénal français (Chambre, annexe I, n° 3.351).
- Les lois nouvelles*, 1898. — MM. BRÉGEAULT et ALBANEL : La réforme de l'instruction préalable; commentaire de la loi du 8 décembre 1897.
- 1933. — M. GOYET : Commentaire de la loi du 7 février 1933.
- Recueil de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1905. — M. MORIZOT-THIBAUT : La responsabilité des magistrats.
- Répertoire Dalloz*. — Mot : Liberté individuelle.
- Répertoire de Droit administratif*. — Mot : Responsabilité.
- Répertoire Fuzier-Hermann*. — Mots : Arrestations et détentions arbitraires ou illégales - Attentats à la liberté - Prise-à-partie.
- Répertoire des Pandectes françaises*. — Mots : Arrestation arbitraire - Rébellion.
- Revue belge de Droit pénal*, 1930. — M. CORNIL : La loi de défense sociale du 9 avril 1930.
- 1933. — Dr VERVAECK : Deux années d'application de la loi de défense sociale.
- Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1904. — M. ROUGIER : La liberté individuelle et les pouvoirs judiciaires de l'Administration.

- 1934. — M. SALLÉ DE LA MARNIÈRE: L'habeas corpus anglais et la liberté individuelle en France.
Revue de Droit public, 1907. — M. BARTHÉLEMY: La résistance aux actes de l'autorité publique.
— 1909. — M. ROLLAND: Réparations dues aux particuliers en cas d'arrestation arbitraire.
— 1914. — M. BARTHÉLEMY: L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents.
Revue pénitentiaire, 1894. — M. CAMOIN DE VENCE: Des indemnités à accorder aux victimes d'erreurs judiciaires.
— 1895. — M. LE POITTEVIN: L'indemnité due aux victimes d'erreurs judiciaires.
— 1896. — Discussion du rapport de M. LE POITTEVIN.
— 1901. — M. LARNAUDE: Rapport sur les garanties de la liberté individuelle et discussion de ce rapport.
— 1901 — M. LACON: De la responsabilité des magistrats.
— 1901 — M. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE: Enquête sur les garanties de la liberté individuelle à l'étranger.
— 1903 — M. GIGOT: Des garanties de la liberté individuelle.
— 1905 — Propositions CLÉMENTEAU et CRUPPI sur les garanties de la liberté individuelle.
— 1906 — M. LACON: Rapport sur la procédure à organiser pour rendre efficace la responsabilité des magistrats et fonctionnaires à raison de leurs fautes personnelles, et discussion de ce rapport.
— 1907 — Projet de loi CLÉMENTEAU sur les garanties de la liberté individuelle.
— 1933 — M. ANCELY: La loi de 1933 sur les garanties de la liberté individuelle.
Revue politique et parlementaire, 1895. — M. SELIGMAN: Des indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires.
Revue des Sciences politiques, 1932. — M. MORRIS PLOSCOW: La procédure criminelle dans l'Italie fasciste.
Semaine juridique, 1933. — M. BRUN: Etude de la loi du 7 février 1933.

IV. — RECUEILS DE JURISPRUDENCE

Bulletin criminel.

Dalloz périodique.

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Recueil des arrêts du Conseil d'Etat.

Sirey.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	7
ETUDE HISTORIQUE	17
<i>Section I.</i> — Le Droit romain	17
<i>Section II.</i> — La période féodale	21
<i>Section III.</i> — L'ancien régime	22
<i>Section IV.</i> — La Révolution	28
<i>Section V.</i> — Le Consulat et l'Empire	33
<i>Section VI.</i> — Le XIX ^e siècle	36
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — <i>Notions générales sur l'arrestation et la détention préventive en droit français</i>	39
<i>Section I.</i> — Le droit d'arrestation	40
§ 1. — Arrestations par les officiers et agents de la police judiciaire	40
§ 2. — Arrestations administratives	51
§ 3. — Arrestations par les particuliers	57
<i>Section II.</i> — La détention préventive	58

PREMIÈRE PARTIE

LES MESURES PRÉVENTIVES

DE PROTECTION DE LA LIBERTÉ INDIVIDUELLE

CHAPITRE PREMIER. — <i>Moyen destiné à prévenir les arrestations: La résistance à l'arrestation illégale ou arbitraire</i>	65
<i>Section I.</i> — La solution jurisprudentielle	66

	Pages
<i>Section II. — Les positions doctrinales</i>	69
<i>Section III. — La réforme proposée</i>	70
CHAPITRE II. — <i>Mesures destinées à prévenir ou interrompre les détentions illégales ou arbitraires</i>	75
<i>Section I. — L'interrogatoire immédiat de l'inculpé et le contrôle de l'observation de ce délai par le Procureur de la République</i>	76
<i>Section II. — Les conditions d'admission dans les maisons d'arrêt</i>	80
<i>Section III. — L'obligation pour les magistrats saisis de la connaissance d'une détention arbitraire de la dénoncer à l'autorité supérieure ou de la faire cesser</i>	82
<i>Section IV. — Les diverses garanties préventives des lois du 7 février 1933 et 25 mars 1935</i>	86

DEUXIÈME PARTIE

LES MESURES RÉPRESSIVES

CHAPITRE PREMIER. — <i>La responsabilité pénale des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires</i>	91
<i>Section I. — La répression générale des arrestations et détentions arbitraires</i>	92
§ 1. — <i>Etude objective de l'article 114 du Code pénal</i>	92
§ 2. — <i>Etude critique de l'article 114</i>	105
<i>Section II. — La répression spéciale de certaines arrestations ou détentions particulières</i>	116
§ 1. — <i>Arrestation d'un ministre ou d'un membre du Parlement sans les autorisations prescrites.</i>	116
§ 2. — <i>Détention hors des lieux affectés au service pénitentiaire</i>	118
§ 3. — <i>Défaut de dénonciation d'une détention illégale ou arbitraire</i>	120
<i>Section III. — La responsabilité pénale spéciale de certains fonctionnaires</i>	121
§ 1. — <i>La responsabilité pénale spéciale des gardiens des maisons d'arrêt</i>	121

	Pages
§ 2. — La responsabilité pénale spéciale des ministres	125
§ 3. — La responsabilité spéciale des greffiers...	126
CHAPITRE II. — <i>La mise en œuvre de la responsabilité pénale des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires : Règles de poursuite et de compétence</i>	129
Section I. — Etude des règles légales de poursuite, d'instruction et de compétence	130
§ 1. — L'auteur de l'acte arbitraire est un magistrat ou un officier de police judiciaire	130
§ 2. — L'auteur de l'acte arbitraire est un agent adjoint de la police judiciaire	133
§ 3. — L'auteur de l'acte arbitraire est un fonctionnaire de la police administrative	134
§ 4. — L'auteur de l'acte arbitraire est un ministre.	135
Section II. — Critique du système légal	137
CHAPITRE III. — <i>La surveillance et les sanctions disciplinaires.</i>	143
Section I. — L'action disciplinaire contre les magistrats du siège	144
Section II. — La surveillance disciplinaire sur les juges d'instruction	146
Section III. — Les pouvoirs disciplinaires sur les membres du ministère public	148

TROISIÈME PARTIE

LES MESURES RÉPARATRICES

CHAPITRE PREMIER. — <i>La responsabilité civile des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires, illégales ou injustifiées</i>	153
Section I. — La responsabilité civile des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires en droit positif	153
§ 1. — La protection des fonctionnaires de l'ordre administratif : La procédure de conflit avant la loi de 1933	154
§ 2. — La protection des fonctionnaires de l'ordre judiciaire : La prise à partie	158

	Pages
<i>Section II.</i> — La responsabilité des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires en doctrine	175
§ 1. — Examen et critique de la thèse des partisans de l'irresponsabilité des magistrats	177
§ 2. — La solution proposée: Responsabilité réelle sous le couvert de quelques garanties protectrices	182
CHAPITRE II. — <i>La responsabilité de l'Etat</i>	193
<i>Section I.</i> — La responsabilité de l'Etat, telle qu'elle est instituée par la loi de 1933	193
<i>Section II.</i> — La responsabilité de l'Etat à raison des arrestations ou détentions erronées, telle qu'elle devrait être organisée	197
§ 1. — Nécessité d'instituer la responsabilité de l'Etat	197
§ 2. — Fondement juridique de la responsabilité de l'Etat	203
§ 3. — La mise en œuvre pratique de la responsabilité de l'Etat	206

QUATRIÈME PARTIE

ÉTUDE DE QUELQUES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

CHAPITRE PREMIER. — <i>La protection de la liberté individuelle dans le droit anglais</i>	223
<i>Section I.</i> — Etude sommaire du droit d'arrestation et de détention	224
§ 1. — L'arrestation	224
§ 2. — La détention	226
<i>Section II.</i> — Etude des garanties contre l'arrestation et la détention arbitraires	228
§ 1. — Garantie préventive: L'institution de l' <i>habeas corpus</i>	228
§ 2. — Garanties répressives et réparatrices: La responsabilité des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires	232
CHAPITRE II. — <i>La protection de la liberté individuelle en Belgique</i>	237

	Pages
<i>Section I. — Le droit d'arrestation et la détention préventive</i>	237
<i>Section II. — La responsabilité civile et pénale des auteurs d'arrestations et détentions arbitraires</i>	243
CHAPITRE III. — <i>La protection de la liberté individuelle en Suisse</i>	247
<i>Section I. — La détention préventive</i>	248
<i>Section II. — Sanctions pénales</i>	250
<i>Section III. — Réparations civiles</i>	251
CHAPITRE IV. — <i>La protection de la liberté individuelle en Italie</i>	257
<i>Section I. — Le droit d'arrestation, la détention préventive et les mesures de sûreté</i>	258
<i>Section II. — Sanctions pénales et disciplinaires</i>	264
CHAPITRE FINAL. — <i>Vue d'ensemble sur un projet général de réforme</i>	267
<i>Section I. — Les garanties préventives</i>	267
1° Les garanties préventives contre les arrestations arbitraires ou illégales	267
2° Les garanties contre les détentions préventives arbitraires ou injustifiées	270
<i>Section II. — Les mesures répressives et réparatrices</i> ...	272
1° Arrestations et détentions arbitraires	274
2° Arrestations et détentions illégales	275
3° Arrestations et détentions injustifiées	277
4° Arrestations et détentions erronées et dommageables	278
CONCLUSION	281
BIBLIOGRAPHIE	283



